الوسيط

في شرح القانون المدني الجديد

(٢)

نظرية

الالتزام بوجه عام

الإثبات - آثار الالتزام

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور فى العلوم القانونية ودكتور فى العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولى بجامعة باريس

١٩٥٦

دار النشر للجامعات المصرية
٤٥ شارع شريف بالقاهرة

خطة البحث

١ – إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانونى والواقعة القانونية

١ – التصرف القانونى والواقعة القانونية والتمييز فيما بينهما : اتجه الفقه الحديث إلى العناية بالتميز بين التصرف القانونى (acte juridique) والواقعة القانونية أو المادية (fait juridique, matériel) بعد أن أحس الأهمية البالغة لهذا التميز(١) .

فالتصرف القانونى هو الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين ، فيرتب القانون عليها هذا الأثر . مثل ذلك العقد ، فهو تصرف قانونى يقوم على تطابق إرادتين ، وقد ينشىء الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية . ومثل ذلك أيضاً الوصية ، فهى تصرف قانونى يقوم على إرادة منفردة ، ويكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء ، الأول تصرف قانونى يقوم على تطابق إرادتين ، والثانى تصرف قانونى يقوم على إرادة منفردة ، وكلاهما يقضى الحقوق الشخصية . والنزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، وهو إرادة منفردة ، يقضى الحقوق العينية . وإجازة العقد القابل للإبطال ، وقبول المنتفع لما اشترط فى مصلحته ، وإقرار رب العمل لتصرف الفضولى ، كل هذه تصرفات قانونية ؛ وفيها جميعاً نرى إرادة منفردة تتجه لإحداث أثر قانونى : تصحيح العقد القابل للإبطال ، أو تأكيد الحق الشخصى الناشىء من الاشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للنقض ، أو تحويل الفضولى إلى وكيل . ونرى من ذلك أن التصرف القانونى ، سواء قام على تطابق إرادتين أو قام على إرادة منفردة ، قد ينشىء

---

(١) لانقصد إلى معالجة موضوع التصرف القانونى والواقعة القانونية ، فهو موضوع جد دقيق ، وليس مكانه هنا . وقد سبق أن عالجناه فى دروس ألقيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة ، وهى الدروس التى سنشير إليها من وقت إلى آخر . وسبق أيضا أن أشرنا إلى التميز مابين التصرف القانونى والواقعة القانونية ، وإلى أنهما هما المصدران لجميع الروابط القانونية ، فى كتابنا «نظرية العقد» وفى الجزء الأول من هذا « الوسيط » .

الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والواقعة القانونية هى واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً . وقد رأينا فى الجزء الأول من هذا الكتاب أنها قد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت ، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بارادة الإنسان كالبناء والغراس . وإذا كانت واقعة اختيارية ، فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانونى المترتب عليها كالاستيلاء والحيازة ، وقد لا يقصد هذا الأثر كدفع غير المستحق ، وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع . وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو اختيارية ، وسواء قصد أثرها القانونى أو لم يقصد أو قصد عكسه ، فهى دائماً واقعة مادية ، وليست إرادة كما هى الحال فى التصرف القانونى . وقد تنشىء الواقعة القانونية الحقوق الشخصية ، كما هو الأمر فى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وقد تكسب الحقوق العينية ، كما هو الأمر فى الحيازة والموت (الميراث) . وقد تقضى الحقوق الشخصية ، كما فى اتحاد الذمة . وقد تقضى الحقوق العينية ، كما فى الترك (abandon) . وقد تحدث آثاراً قانونية أخرى ، كما فى القرابة وهى مانع من موانع الزواج ، وفى الجوار ويحد من استعمال حق الملكية ، وفى نزع الحيازة ويترتب عليه قطع التقادم، وفى حالة القصر ويترتب عليها وقف التقادم، وفى إلحاق المنقول بالعقار لخدمته ويحول المنقول إلى عقار بالتخصيص . فالواقعة القانونية ، كالتصرف القانونى ، قد ينشىء الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والمقابلة فيما بين التصرف القانونى والواقعة القانونية هى ، كما قدمنا ، مقابلة ما بين الإرادة والعمل المادى . فحيث تمحضت الإرادة لإحداث أثر قانونى فأحدثه القانون، فثم تصرف قانونى . وحيث وقع عمل مادى ولو خالطته الإرادة فرتب عليه القانون أثراً ، فثم واقعة قانونية . وقد أشرنا فى الجزء الأول من هذا الكتاب إلى ما يتوسط التصرف القانونى والواقعة القانونية من واقعة مختلطة كالاستيلاء ، وواقعة مركبة كالشفعة .

٢ — التصرف القانونى والواقعة القانونية هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق وكل الروابط القانونية : رأينا فيما قدمناه كيف أن التصرف القانونى والواقعة القانونية يمتدان إلى آفاق واسعة ، ويحلقان فى جميع نواحي القانون . فهما المصدران اللذان ينشئان الحق الشخصي ، وهما المصدران اللذان يكسبان الحق العيني ، وهما اللذان يقضيان كلا من الحق الشخصي والحق العيني ، ويرتبان فوق ذلك آثاراً أخرى غير كسب الحقوق وقضائها . ولا ينحصر أثرهما فى دائرة المعاملات المالية ، بل يجاوزها إلى دائرة الأحوال الشخصية . ولا يقفان عند حدود القانون الخاص ، بل إن لهما أثراً بالغ الأهمية فى ميدان القانون العام . فأية ناحية من نواحي القانون استعرضتها إلا وتجد التصرف القانونى والواقعة القانونية هما العنصران الأساسيان فى الروابط القانونية المشتبكة. والقانون جميعه يتلخص فى مسألتين : الحق ومصدره . وإلى اليوم نحن نرتب مسائل القانون من ناحية الحق ، فنجعل هذه المسائل تتجمع حول الحق الشخصي وحول الحق العيني ، ونقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين ، أحدهما يتناول نظرية الالتزام والعقود أى الحقوق الشخصية ، والآخر يتعلق بالحقوق العينية من أصلية وتبعية . وهذا هو الترتيب التقليدى الذى جرى عليه التقنين المدنى الجديد . فهل حان الوقت لنختط خطة أخرى ، فنرتب مسائل القانون من ناحية مصدر الحق ، لا من ناحية الحق ذاته ؟ ومصدر الحق هو التصرف القانونى والواقعة القانونية كما رأينا ، فتتوزع جميع مسائل القانون عليهما ، وتنقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين غير القسمين الأولين ، أحدهما يختص بنظرية التصرف القانونى والآخر بنظرية الواقعة القانونية ؟

هذا ما ينادى به بعض الفقهاء ، وما حاوله فى مدى ضيق محدود ، وفى غير حظ كبير من التوفيق ، لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى[1] . وقبل أن نتخذ موقفاً فى هذه المسألة الدقيقة ، ننظر كيف يكون ترتيب مسائل القانون إذا نحن أقمنا هذا الترتيب على فكرة التصرف القانونى والواقعة القانونية .

---

(١) انظر « التصرف القانونى والواقعة القانونية » وهى الدروس التى ألقيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة وسبقت الاشارة إليها ص ٦٣ — ص ١١١ وص ١٣٥ — ص ١٤٠ .

٣ – ترتيب مسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانونى والواقعة القانونية : ونرسم هنا الخطوط الرئيسية لترتيب جديد لمسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانونى والواقعة القانونية ، بدلا من قيامه على فكرة الحق الشخصى والحق العينى ، لنرى ما يؤدى إليه هذا التقسيم الجديد من النتائج .
وقد سبق أن رسمنا الخطوط الرئيسية لهذا الترتيب الجديد على النحو الآتى [1] :

تقسم مسائل القانون المدنى فى المعاملات إلى قسمين رئيسين : القسم الأول فى التصرف القانونى والقسم الثانى فى الواقعة القانونية . ويتفرع كل من هذين القسمين إلى بابين : الباب الأول فى أركان التصرف أو أركان الواقعة ، والباب الثانى فى آثار كل منهما .

وتعالج فى باب أركان التصرف القانونى المسائل الآتية (١) الإرادة ومظهر التعبير عنها — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (٢) الشكل (٣) الأهلية (٤) عيوب الإرادة (٥) أوصاف الإرادة من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام (٦) المحل وتعدده من محل تخييرى ومحل بدلى (٧) السبب ، وهنا يدرس التصرف المجرد (٨) إثبات التصرف القانونى .

وتعالج فى باب آثار التصرف القانونى : (ا) الآثار بالنسبة إلى الأشخاص (ب) الآثار بالنسبة إلى الموضوع . وفى الآثار بالنسبة إلى الأشخاص تعالج المسائل الآتية : (١) النيابة فى التعاقد (٢) الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير (٣) الخلف الخاص (٤) الخلف العام (٥) الدائن — وفى الآثار بالنسبة إلى الموضوع تعالج المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) (٢) نقل الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) . (٣) إنهاء الالتزام، ويبحث هنا الوفاء (بما يتضمنه من تنفيذ عينى وتعويض وإكراه مالى) كما يبحث التجديد والإبراء ، لأن هذه الأسباب الثلاثة لانقضاء الالتزام هى تصرفات قانونية (٤) إنشاء الحق العينى ونقله وإنهاؤه (العقد والوصية والتنازل) (٥) أى أثر قانونى آخر كالآثار التى تترتب على الأعذار والأجازة وإقرار العقد .

---

(١) « التصرف القانونى والواقعة القانونية » دروس الدكتوراه المشار إليها — ص ١٤١ — ص ١٤٢ .

وتعالج فى باب أركان الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) التمييز الدقيق ما بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى (٢) الوقائع البسيطة والمركبة والمختلطة (٣) محاولة حصر الوقائع القانونية (٤) إثبات الواقعة القانونية .

وتعالج فى باب آثار الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والوقائع الأخرى التى يرتب القانون عليها إنشاء الالتزام (٢) إنهاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم ، لأن هذه الأسباب الأربعة لانقضاء الالتزام هى وقائع مادية (٣) إنشاء الحق العينى ونقله وإنهاؤه ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة والتقادم (٤) أى أثر قانونى آخر ، كقطع التقادم بترك الحيازة ووقفه لمانع قانونى وانتقال الرهن إلى التعويض بهلاك العين المرهونة .

٤ — **مزايا هذا الترتيب وعيوبه** : ولا شك فى أن هذا الترتيب الجديد يحدث انقلاباً خطيراً فى الخطط المألوفة لمعالجة هذه المسائل. فهناك مسائل تقاربت بعد أن كانت متباعدة ، كما هو الأمر فى الجمع مابين الإرادة وأوصافها من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام ، وكما هو الأمر فى التقريب ما بين المحل وتعدده من محل تخييرى ومحل بدلى ، وفى هذا كله وضوح أكبر . وهناك مسائل تباعدت بعد أن كانت متقاربة ، كما هو الأمر فى التباعد ما بين مصادر الالتزام إذ العقد والإرادة المنفردة يعالجان فى التصرف القانونى والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب يعالجان فى الواقعة القانونية ، وفى هذا تنسيق أدق ، وكما هو الأمر فى التباعد مابين أسباب انقضاء الالتزام فالوفاء والتجديد والإبراء أسباب انفصلت عن أسباب أخرى مماثلة هى المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم ، وهذا التشتيت لأجزاء الموضوع الواحد ينطوى على شىء من الغموض . ومن ثم كانت هذه التغييرات الأساسية من شأنها ، كما قدمنا ، أن تطمس معالم النظريات المألوفة . وهى تختلف فى حظها من التوضيح ، فبعضها يجعل الغامض واضحاً ، وبعضها يقلب الواضح غامضاً .

على أن شيئاً فى وسط هذه التحويرات الخطيرة يبرز فى وضوح . هو أنه لا يمكن الاستغناء استغناء مطلقاً عن نظرية للالتزام فى ذاته ، لتبين حقوق

الدائن فى أموال مدينه ، ولتقرر أن مجموع هذه الأموال ضمان عام للدائن ، ولتحدد ما للدائن من دعاوى بالنسبة إلى هذه الأموال . كما لا يمكن الاستغناء عن استعراض الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية ، حقاً حقاً ، لتقرير مقومات كل حق وخصائصه وآثاره (١) .

ونحن ممن يؤمنون بأن نظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية لابد من صياغتها نظرية شاملة تنتظم جميع نواحى القانون ، بل نحن من العاملين على ذلك والمساهمين فيه بما فى الجهد من طاقة . ولكن حتى اليوم لم يوفق الفقه المصرى ولا الفقه الفرنسى إلى صياغة هذه النظرية . لذلك لا نرى بدأ — فى الحالة الحاضرة للفقه — من التزام الترتيب التقليدى لمسائل القانون ، وإقامة هذا الترتيب على فكرة الحق الشخصى والحق العينى لا على فكرة التصرف القانونى والواقعة القانونية . وهذا ما جرينا عليه فى الجزء الأول من هذا الكتاب ، فعالجنا مصادر الالتزام ، وجمعنا فى صعيد واحد ما بين التصرف القانونى فى العقد والإرادة المنفردة وبين الواقعة القانونية فى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

٢ — الرجوع إلى التقسيم التقليدى — مصادر الالتزام والالتزام فى ذاته

٥ — نظرية الالتزام — مصادر الالتزام والالتزام فى ذاته :
سنبقى إذن أمناء على التقسيم التقليدى ، ما دامت نظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية لم تتم صياغتها . فالمعاملات المدنية تدور كلها حول قسمين رئيسيين : الحق الشخصى (نظرية الالتزام) والحق العينى .

ونظرية الالتزام بدورها تتناول مصادر الالتزام — وقد فرغنا من معالجتها — ثم الالتزام فى ذاته ، وهو ما نعالجه الآن .

---

(١) «التصرف القانونى والواقعة القانونية» دروس الدكتوراه المشار إليها ص ١٤٢ — ص ١٤٣ .

٦ — **الالتزام في ذاته** : والالتزام فى ذاته — مجرداً عن مصدره — هو موضوع دراستنا فى الجزئين الثانى والثالث من هذا (الوسيط) .

ذلك أن الالتزام — أيا كان مصدره — يمكن النظر إليه فى ذاته من حيث إنه يولد آثاراً قانونية ، سواء فى صورته البسيطة أو فى صورة أخرى معدلة بما يلحقه من الأوصاف ، ومن حيث جواز انتقاله من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين ، ومن حيث انقضاؤه فان مصير كل التزام إلى الزوال . وقبل هذا وذاك يجب إثبات الالتزام إذا وقع فيه نزاع حتى يتمكن الدائن من المطالبة به .

فيجتمع لنا إذن أقسام خمسة : (١) آثار الالتزام (٢) أوصاف الالتزام (٣) انتقال الالتزام (٤) انقضاء الالتزام (٥) إثبات الالتزام .

٧ — **تقديم قسم الاثبات** : ونبدأ بقسم الإثبات ، ثم تعقبه الأقسام الأخرى .

وقد قدمنا الإثبات على غيره من الأقسام — خلافاً للمألوف — لأن الإثبات إنما ينصب على مصادر الالتزام لا على الالتزام ذاته . وقد فرغنا من معالجة هذه المصادر ، فيكون منطقياً أن نعالج عقب ذلك مباشرة طرق إثباتها . بل إن الإثبات لا ينصب على مصادر الالتزام فحسب ، إذ هو يتناول التصرف القانونى والواقعة القانونية فى مجموعهما وفيما يترتب عليهما من توليد جميع الآثار القانونية فى كل نواحى القانون. فنظرية الإثبات إذن نظرية عامة ، مثلها فى ذلك مثل التصرف القانونى والواقعة القانونية . ومكانها الطبيعى إنما هو فى القسم العام من التقنين . فاذا لم يتيسر ، لأسباب عملية سيأتى ذكرها ، معالجتها فى مكانها الطبيعى ، ولم يتيسر كذلك معالجتها قبل نظرية الالتزام — وقد كان هذا أيضاً منطقياً إذ هى تتناول إثبات الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء — فلا أقل من معالجتها ، بعد أن وضعت فى نظرية الالتزام ، عقب مصادر الالتزام ، إذ الإثبات ينصب كما قدمنا لا على الالتزام بل على مصدره . كذلك يبدو طبيعياً ، قبل أن نتكلم فى آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضائه ، أن نبين كيف يثبت وجود هذا الالتزام إذا نوزع فيه .

فالترتيب الذى سنجرى عليه فى معالجة هذه الأقسام الخمسة هو إذن البدء بالإثبات ، ويعقبه الآثار فالأوصاف فالانتقال فالانقضاء . ونحن فى هذا نتابع تبويب التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا تقديم قسم الإثبات على الأقسام الأخرى للاعتبارات التى قدمناها .

٨ — موضوعات هذا الجزء الثانى من الوسيط : وقد كان منطقياً أن نجمع هذه الأقسام الخمسة فى جزء واحد ، لنقابل بذلك مصادر الالتزام ، وقد عولجت فى الجزء الأول ، بالالتزام فى ذاته ويتناول هذه الأقسام الخمسة . ولكننا تبينا أن جزءاً واحداً يضيق بجميع هذه الأقسام . فلم يسعنا إلا أن نفرد الجزء الثانى من الوسيط لقسمين منها — قسم الإثبات وقسم الآثار — مرجئين الأقسام الثلاثة الأخرى — الأوصاف والانتقال والانقضاء — لمعالجتها فى الجزء الثالث .

القسم الأول

الاثبات

خطة البحث

٩ — نقدم للإثبات بنظرة عامة فى تعريفه ومكانه فى القانون والمبادىء الرئيسية التى تقوم عليها قواعده . ونستعرض فى القسم الثانى من هذه المقدمة مسائل الإثبات الثلاث : محل الإثبات ومن يحمل عبئه وطرقه المختلفة .

فاذا ما تهيأت للقارىء فكرة عامة عن الإثبات فى جملته ، عالجنا مسائله بالتفصيل فى أبواب ثلاثة . نبحث فى الباب الأول منها الكتابة ، وفى الباب الثانى البينة والقرائن القضائية ، وفى الباب الثالث الإقرار واليمين والقرائن القانونية ويدخل فيها حجية الأمر المقضى . وسنبين فى نهاية المقدمة الأساس الذى يقوم عليه هذا التبويب .

مقدمة (*)

§ ١ - نظرة عامة فى الاثبات

أولا – تعريف الاثبات وأهميته ومكانه فى القانون

ا – تعريف الاثبات وأهميته :

١٠ – **تعريف الاثبات** : الإثبات – بمعناه القانونى – هو إقامة الدليل

(*) بعض المراجع الأساسية : بونيه (Bonnier) فى الإثبات فى القانون المدنى والقانون الجنائى سنة ١٨٨٨ — راؤول دى لا جراسيرى (Raoul de la Grasserie) فى الاثبات فى المواد المدنية والجنائية فى القانون الفرنسى والتشريعات الأجنبية سنة ١٩١٢ — تفنيه (Thevenet) تعديل جديد فى النظرية التقليدية للإثبات (المجلة العامة ١٩٣٤ ص ١٢٧) — الدكتور محمد صادق فهمى فى الاثبات فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ (بالفرنسية) — جان دابيا (Jean Dabia) فى صياغة الدليل القانونى وبخاصة فى القانون المدنى سنة ١٩٣٥ — الدكتور على راشد فى الاقتناع الشخصى للقاضى رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ (بالفرنسية) — جورف (Gorphe) فى تقدير الأدلة أمام القضاء سنة ١٩٤٧ — رويلوس (Reulos) فى نظرية الاثبات والطرق الفنية الحديثة فى نسخ المستندات (المجلة الفصلية فى القانون التجارى سنة ١٩٤٨ ص ٦٠٨) — هنرى موتلسكى (Henri Motulsky) فى المبادىء العامة لتطبيق القانون الخاص تطبيقاً منهجياً باريس سنة ١٩٤٨ — جاك فلور (Jacques Flour) بعض الملاحظات على تطور الأوضاع الشكلية (متفرقات ريبير سنة ١٩٥٠ ص ٩٣) — روجيه ديكوتينيس (Roger Decottignies) فى القرائن فى القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ .

وهذا غير المؤلفات المبسوطة المعروفة فى شرح القانون المدنى الفرنسى ، ونذكر منها بنوع خاص : أوبرى ورو وبارتان جزء ١٢ طبعة خامسة — بودرى وبارد الجزآن الثالث والرابع طبعة ثالثة — بلانيول وريبير وجابولد الجزء السابع طبعة ثانية — بيدان وپرو الجزء التاسع طبعة ثانية — دى باج (فى شرح القانون البلجيكى) الجزء الثالث طبعة ثانية — وغير المؤلفات الوجيزة المعروفة : بلانيول وريبير وبولانجيه طبعة ثالثة — كولان وكابيتان وجوليو دى لاموراندير (طبعة عاشرة) — جوسران طبعة ثانية .

وفى الفقه المصرى : الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة — الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات =

أمام القضاء ، بالطرق التى حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها (١) .

١١ — ما يستخلص من هذا التعريف — أهمية الاثبات : ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(١) الإثبات بمعناه القانونى هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة . بل هو طليق من هذه القيود . فالباحث فى التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التى يقررها من المستندات التى تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية للاثبات. وهذا هو شأن الباحث فى أى علم . وقد غلب على العلم فى تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية ، يتلمسها الباحث فى المعامل وعن طريق الاستقصاء وبالاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخى ، والإثبات العلمى ، والإثبات بوجه عام ، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائى .

ويختلف الإثبات القضائى عن الإثبات غير القضائى من وجوه . فالإثبات القضائى مقيد فى طرقه وفى قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائى فلا قيد عليه كما قدمنا . والإثبات القضائى متى استقام ملزم للقاضى ، فيتعين عليه أن يقضى بما يؤدى إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان فى امتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائى فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر فى البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) . أما ما ثبت بطريق علمى أو بأى طريق آخر فانه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير ، فكثيراً

—

=(طبعة خامسة) — الموجز للمؤلف — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الاثبات (طبعة ثانية) — *الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الاثبات فى المواد المدنية (طبعة ثانية) — الأستاذ عبد الباسط جميعى* فى نظام الاثبات فى القانون المدنى المصرى . وانظر أيضا نظرية الاثبات فى القوانين العربية للأستاذ حسين المؤمن — وطرق القضاء فى الفقه الاسلامى للأستاذ أحمد ابراهيم .

وعند الاشارة إلى المؤلفات التى تكرر طبعها نشير إلى الطبعة التى ذكرناها هنا .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦١٤ — ص ٦٤٥ .

ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير[١] .

(٢) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد ، فان الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجافى إحداهما الأخرى . وفى هذا ما يجعل الحقيقة القضائية فى بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية[٢] . وسنعود إلى هذا المعنى فى موضع آخر .

(٣) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أى أثر قانونى آخر يتمسك به المدعى فى دعواه ، وإنما هو المصدر القانونى الذى ينشىء هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التى هى محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أى كل واقعة أو تصرف قانونى يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاماً بالتعويض . والعقد تصرف قانونى يرتب القانون عليه الالتزام الذى اتفق عليه المتعاقدان . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً ، وهى — أى هذه الواقعة القانونية — دون الأثر الذى يترتب عليها ، التى تكون محلا للإثبات . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى[٣] .

---

(١) انظر فى مقارنة دقيقة بين الاثبات القضائى والاثبات التعليمى أو التاريخى بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ حاشية رقم ٢ مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٠٧ — ص ٨٢٨ — ص ٨٢٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٣٨ ص ٣٠٦ — الأستاذ عبد الباسط جميعى نظام الاثبات فى القانون المدنى المصرى ص ٣٩ — ص ٤٢ .

(٢) وقد مر الاثبات القضائى فى تاريخ الانسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها . فقد كانت الانسانية فى طفولتها تلجأ فى الاثبات القضائى إلى ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء لله وللقديسين على المبطل من الخصمين . وكان القتال ، بل الانتحار ، من الأدلة القضائية عند بعض الأمم فى فجر التاريخ (انظر فى هذا راؤول دى جراسيرى (Raoul de la Grasserie) فى الاثبات فى المواد المدنية والجنائية فى القانون الفرنسى والتشريعات الأجنبية ص ١٨ — الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات جزء أول س ٩ — ص ١٢) .

(٣) وقد تغلب العادة فيجرى القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التى أنشأت الحق .

(٤) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي رتب القانون عليها أثراً ، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية ، ولكن هذا من الندرة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومن ثم تتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية . «فالحق — كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد[1] — يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا ، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه » . « ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية »[2] .

ب — مكان الإثبات في القانون

١٢ — انقسام الشرائع الى طوائف ثلاث : يتنازع قواعد الإثبات مكانان ، مكان في التقنين المدني وآخر في تقنين المرافعات . ذلك أن لهذه القواعد ناحيتين ، ناحية موضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات وماذا يقوم باثباته ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من الإجراءات في تقديم طرق الإثبات فللشهادة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ .

(٢) الموجز فقرة ٦١٤ ص ٦٤٥ . وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٠٦ ص ٨٢٥ وقد جاء فيه : « الدليل وحده هو الذي يحيي الحق ويجعله مفيداً » (La preuve seule vivifie le droit et le rend utile) . وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة ، منها « ما لا دليل عليه هو والعدم سواء » أو « يستوي حق معدوم وحق لادليل عليه » (Idem est non esse aut non probari) — ويقول أهرنج : « الدليل هو قوة الحق » (La preuve est la rançon des droits) — أنظر أيضا : بيدان ويرو ٩ ص ١١٣٩ ص ٢٠٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الاثبات ص ١ س ٢ .

وللأوراق المكتوبة والطعن فيها وللخبرة ولتحليف اليمين ولغير ذلك من طرق الإثبات إجراءات معينة رسمها القانون[١] .

وقد انقسمت الشرائع فى مكان الإثبات إلى طوائف ثلاث . بعضها يجمع قواعد الإثبات فى ناحيتها الموضوعية والشكلية ويضعها جميعاً فى تقنين المرافعات ، كما فعل القانون الألمانى والقانون السويسرى[٢] . وبعضها يضع القواعد الموضوعية فى التقنين المدنى والقواعد الشكلية فى تقنين المرافعات ، كما فعل القانون المصرى والقانون الفرنسى وأكثر الشرائع اللاتينية[٣]. وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميعاً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٩ .

(٢) ويذهب الأساتذة كولان وكابيتان ودى لاموراندير (جزء ٢ ص ٧١٨ وجزء ١ ص ١٠٥ وما بعدها) إلى هذا الرأى . كذلك يبدو أن الدكتور محمد صادق فهمى (الإثبات فى القانون المقارن ص ٨٥ — ص ٨٦) يميل إلى وضع قواعد الإثبات فى تقنين المرافعات . انظر أيضاً بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٠ ، ص ٢٠٨ .

(٣) الموجز ص ٦٤٦ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد ما يأتى : « والواقع أنه يتضح من استظهار تبويب التقنينات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ، أن الإثبات والشهر لا ينزلان منها مكاناً واحداً . فبعض هذه التقنينات يفرد لهما مكاناً فى تقنين المرافعات (مذهب التشريعات الجرمانية) ، وبعض منها يضمن أحكامها تشريعاً مستقلا (مذهب التشريعات الانجليزية والأمريكية) ، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات (مذهب التشريعات اللاتينية) . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقنينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعى ، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات ، ويلحق الأولى بالتقنين المدنى ، ويقرر للثانية مكاناً فى تقنين المرافعات . وتشتمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بمحل الاثبات ، وبيان من يقع عليه عبؤه ، وتفصيل طرقه ، وأحوال اعمال كل من هـذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى اتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغى للتعامل من استقرار ، ولعل هـذا الغرض الوقائى بذاته هو أبرز مانهض لتوجيه وضعها فى نصوص التقنين المدنى باعتباره الأصل الجامع للمبادىء العامة فى القانون . أما ما يتعلق من الأحكام باعمال طرق الإثبات فهو يتصل بناحية الشكل والإجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهى أن مثل هـذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية ، وهى تتسم على وجه الافراد بطابع قضائى يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل فى المنازعات . فأخلق بها ، والحال هذه ، أن تحل مع سائر مايتعلق بخصوصيات الشكل والإجراءات صعيداً واحداً فى تقنين المرافعات » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨) .

القانون الإنجليزى فيما أسماه بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون السورى فيما أسماه بقانون البينات[١] .

١٣ — بروز القواعد الموضوعية فى الاثبات ووجوب بقائها فى التقنين المدنى : وتقضى سلامة النظر فى هذه المسألة بتخطى الشرائع التى تضع قواعد الإثبات بناحيتيها الموضوعية والشكلية فى تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها فى التقنين المدنى تغليباً للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتئم شملها[٢] . وقد توزع بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات كما تقضى بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تنفرد بمكان خاص تنعزل به عن سائر التقنينات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يستقل بها جميعاً تقنين المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه[٣] . ولا يجوز تغليب الناحية

---

(١) وكذلك فعل القانون الأمريكى فى قانون الإثبات (Law of evidence) . انظر فى مكان الإثبات فى كل من النظام اللاتينى والنظام الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى ، وذلك من ناحية التطور التاريخى ، رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات فى القانون المقارن ص ٢٠ — ص ٥٥ .

(٢) وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات مع قواعد الشهر فى مكان واحد فى التقنين المدنى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد فى هذا المعنى ما يأتى : «ليس شك فى أن التقنين المدنى هو أنسب مكان لكل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية فى الإثبات ، بل وقد يكون فى هذا الوضع ما يدعو إلى التفكير فى الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر التصرفات فى كتاب قائم بذاته يكون عنوانه : فى الإثبات والشهر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧) .

(٣) وهذا ما سلم به واضعو تقنين المرافعات الجديد، إذ قالوا فى المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانين المرافعات تجمع فى بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الإجراءات فى هذا الشأن . ومع ذلك رؤى أن يقتصر المشروع على الاحاطة بالإجراءات فى الأوضاع وأن تترك القواعد الموضوعية للقانون المدنى . وقد استتبع هذا رفع النصوص الموضوعية الموجودة فى قانون المرافعات الحالى مثل آثار عرض اليمين وحلفها والنكول عنها وعدم التعرض لبيان الأوراق التى تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير والتى يكفى الإنكار للحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله للقانون المدنى .

ويأخذ الأستاذ نشأت على واضعى تقنين المرافعات الجديد أنهم بالرغم مما قدموه قد عرضوا إلى بعض القواعد الموضوعية : «مثلا نصت المادة ١٥٦ على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها=

الشكلية على الناحية الموضوعية . فالناحية الموضوعية من قواعد الإثبات هى دون شك الناحية البارزة : تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها وتحميل عبء الإثبات لأحد الخصمين ، هذا هو اللب فى قواعد الإثبات ، وهذه كلها مسائل موضوعية . ثم إن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرض إطلاقاً ، ويقع ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما يعد منها مقدماً (preuve préconstituée) . ويقع ذلك أيضاً إذا لم يترافع الخصمان فيما تنازعا فيه إلى القضاء بل سويا النزاع بينهما بطريق ودى لا حاجة فيه إلى الإجراءات التى رسمها القانون لتقديم الأدلة (١) .

ومتى خلص أن دليل الحق تغلب فيه النزعة الموضوعية غلبة ظاهرة ، كان المكان الطبيعى للقواعد التى تحكم هذا الدليل هو التقنين المدنى . فالدليل على الواقعة التى تنشىء الحق أقرب إلى أن يكون وضعاً شكلياً لهذه الواقعة . ولا يوجد فرق كبير من الناحية العملية بين عقد شكلى وعقد رضائى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فالكتابة ضرورية فى الحالتين ، وإن كانت الكتابة فى العقد الشكلى تتميز بأنها ترسم على نحو خاص وبأنها واجبة لذاتها فلا يقوم

= متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها . ونصت المادة ٢٦٠ على أن للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى الورقة من إسقاط قيمتها فى الإثبات أو إنقاصها ، والمادتان ٢٦٢ و ٢٨٤ أعطتا القاضى الحق فى أن يحكم بصحة الورقة التى أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتنع بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها أو أن يأمر بالتحقيق . وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وببطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير » (الأستاذ نشأت فى الاثبات فقرة ٢٣ ص ٢٥) . وهذه الأمثلة التى ساقها الأستاذ نشأت إنما تدل على تعذر فصل القاعدة الموضوعية عن قواعد الإجراءات فى بعض الحالات الخاصة . فما كان باليسير على واضعى تقنين المرافعات الجديد أن يغفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية ، فهى متصلة اتصالا وثيقاً بما تلتها من قواعد الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ التى تنص على أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزاً قبولها ، فان المكان الطبيعى لهذا النص هو التقنين المدنى .

كذلك يوجد طريقان للإثبات — هما المعاينة والخبرة — تغلب فيهما الناحية الإجرائية ، فكان مكانهما اللائق من الناحية العملية هو تقنين المرافعات (قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٦ ص ٨٢٦ — بلانيول وريبير بولانجيه ٢ فقرة ٢١٥٧ .

مقامها الإقرار أو اليمين كما يصح ذلك فى الكتابة المطلوبة للإثبات وبأن الطرفين لا يجوز لهما الاتفاق على تعديل الشكل كما يجوز ذلك فى طرق الإثبات على النحو الذى سنبينه فيما يلى (١) . ولكن يبقى بعد ذلك أن الكتابة للإثبات ضرورية من الناحية العملية ضرورة الكتابة للشكل . ويخلص من هذا أن القواعد التى تحكم الكتابة للإثبات يجب أن يكون مكانها بجانب القواعد التى تحكم الكتابة للشكل ، وأن قواعد الإثبات كقواعد الشكل يجب أن يكون مكان كل طائفة منهما هو التقنين المدنى (٢) .

١٤ — مكان قواعد الإثبات الموضوعية فى التقنين المدنى : على أن مكان قواعد الإثبات ، الموضوعية منها على الأقل ، فى التقنين المدنى لا يتفق فيه النظر . فالتقنين المدنى الفرنسى وضعها بين القواعد التى تحكم نظرية العقد ، ولا شك فى أن هذا مكان غير مناسب إذ أن قواعد الإثبات تسرى على العقد

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٣٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٤ — فقرة ٢٧ — ومما يؤكد هذا المعنى ، فى القانون الدولى الخاص ، أن القانون الذى يسرى على القواعد الموضوعية فى الإثبات هو عين القانون الذى يسرى على شكل العقود ، ذلك أن الإثبات ، من ناحية قواعد الإسناد ، هو فى منزلة الشكل ، فيسرى قانون البلد الذى تم فيه العقد أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك . وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدنى الجديد على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك » (انظر فى هذه المسألة بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣١ ص ٨٦٠ — ٨٦٢) أما الإجراءات الشكلية للإثبات فيسرى عليها قانون القاضى (lex fori) ، وقد نصت المادة ٢٢ من التقنين المدنى على أنه « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات »

على أنه ، بالرغم من ذلك ، يجب أن يلاحظ أن الحق قد يقوم دون أن يقوم دليله ، بأن يستوجب القانون مثلا أن يكون الدليل كتابة لا توجد أو كتابة لها شكل خاص فتكون باطلة لعدم استيفائها الشكل المطلوب . وعند ذلك يبقى الحق قائماً وإن سقط الدليل . وقد يتهيأ لصاحب الحق أن يثبت وجوده من طريق آخر . ومن ثم كان للقول بقيام الحق مع سقوط دليله هذا الوجه من ناحية العمل (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٢٩ ص ٨٣٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٣٩ ص ٢٠٧) .

وعلى غيره من مصادر الالتزام الأخرى[1] . والتقنين المدنى المصرى — القديم والجديد — وضع هذه القواعد فى النظرية العامة للالتزام[2] ،وهذا مكان أليق . وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام ، بل هى نظرية عامة شاملة تتناول مصادر الالتزام ومصادر الحق العينى ومصادر روابط الأسرة ، ولا تقف عند المصادر فحسب إذ هى تحكم أيضاً أسباب انقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشىء أثراً قانونياً ، بل هى تجاوز منطقة القانون المدنى إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى[3] . ولكن التقنين المدنى المصرى غلب الناحية العملية وآثرها على الناحية العلمية . فالإثبات كما رأينا ينصب على أى سبب ينشىء أثراً قانونياً ، وهذه الأسباب يمكن حصرها فى الواقعة القانونية والتصرف القانونى . فيكون المكان المنطقى للإثبات على هذا الوجه هو فى القسم العام من التقنين المدنى حتى تنبسط قواعده على جميع نواحى هذا القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ولكن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الإثبات فى النظرية العامة للالتزام . ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق العينية وضعها التقنين المدنى الجديد فى مكانها من نظرية الحيازة . فأصبحت قواعد

---

(١) جوسران ٢ فقرة ١٥٨ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٠ ص ٢٠٧ — ص ٢٠٨ — والسبب فى أن التقنين المدنى الفرنسى وضع الإثبات فى هذا المكان هو أن واضعى هذا التقنين اقتفوا أثر بوتييه (Pothier) ، حتى دون أن يتدبروا أن بوتييه عنى بعبارة « طرق الوفاء » (paiements) فى صيغة الجمع إثبات جميع الأسباب التى ينقضى بها الالتزام دون أن يقتصر على الوفاء (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٣ — ماكارديه ٥ ص ٢ — لارومبير ٥ م ١٣١٥ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨١ — لوران ١٩ فقرة ٨١) وكان دوما (Domat) فى كتابه « القوانين المدنية — الكتاب الثالث — الباب السادس » مثلا أفضل للاحتذاء من بوتييه ، فإن هذا الفقيه الأخير إنما وضع الإثبات فى المكان الذى وضعه فيه لأنه لم يضع كتاباً فى القانون المدنى جملة واحدة (بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢١٥٥) .

(٢) الباب السادس من الكتاب الأول فى الالتزامات بوجه عام، وهذا فى التقنين الجديد .

(٣) وقد جاء فى الموجز فى هذا المعنى ما يأتى : « فليست نظرية الإثبات إذن مقصورة على الالتزامات التعاقدية كما قد يوهم ذلك موضعها من القانون المدنى الفرنسى . وليست مقصورة على الالتزامات بوجه عام ، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، كما قد يدل على ذلك مكانها فى القانون المدنى المصرى . بل هى نظرية عامة شاملة ، تتناول العقود ، وتتناول غير العقود من مصادر الالتزامات الأخرى ، وتتناول مصادر الحقوق العينية ، ومصادر روابط الأسرة ، بل هى تجاوز القانون المدنى إلى غيره من القوانين » (الموجز فقرة ٦١٥ ص ٦٤٥ — ص ٦٤٦) .

الإثبات الواردة فى نظرية الالتزام هى القواعد العامة للإثبات تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . وتختص الحقوق العينية ، بالإضافة إلى ذلك ، بقواعد أخرى هى الواردة فى نظرية الحيازة . وفى هذا توزيع لقواعد الإثبات ، إذا لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية ، فانه يستقيم من الناحية العملية ، وقد جرت به العادة ، وألفته الناس ، فلم يجد التقنين المدنى الجديد محلا للعدول عنه (١) .

جـ — مقابلة سريعة بين نصوص التقنين المدنى الجديد ونصوص التقنين المدنى القديم فى قواعد الاثبات

١٥ — ترتيب التقنين القديم : لا يكاد التقنين المدنى الجديد يكون قد استحدث شيئاً هاماً فى قواعد الإثبات عن تلك التى كان التقنين القديم يقررها . وقد قدمنا أن مكان هذه القواعد فى التقنين الجديد بقى هو عين مكانها فى التقنين القديم .

---

(١) قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٠ — فقرة ٣٥ . وهذه العادة وما ألفته الناس هما السبب فى أن التقنين المدنى الجديد قد عدل عن إفراد كتاب خاص للإثبات والشهر . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «على أن مسألة استحسان إفراد كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير ، ولا سيما إذا روعى ماقد يؤخذ على مذهب التقنين الراهن فى هذا الشأن ، فقد نهج هذا التقنين نهج التقنينات اللاتينيـة ، وأخصها التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين البلجيكى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، وعقد للإثبات باباً سادساً فى الكتاب الثانى الخاص بالتعهدات والعقود . ولم ير المشروع أن يشذ عن هذا النهج بعد أن استقر فى تقاليد البلاد . أما الشهر فقد نظم فى أكثر الدول بمقتضى تشريعات خاصة صدرت بعد العمل بالتقنينات المدنية ، ثم أدمجت فى هذه التقنينات فيما بعد عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية . وقد اختار المشروع هذا الوضع . على أن توزيع أحكام الإثبات وقواعد الشهر على هذا النحو لم يقصد منه إلى قصر نطاق الأولى على الالتزام ووقف الثانية على الحقوق العينية فحسب . فمن المسلم — بوجه عام — أن تلك الأحكام عامة التطبيق ، تسرى على جميع الوقائع القانونية المبدئة للحقوق ، مالية كانت هذه الحقوق أو عينية أو معنوية ، ومن المسلم كذلك أن هذه القواعد لاتقتصر على الحقوق العينيـة العقارية ، بل ينبغى أن تتناول كل مايهم الغير الوقوف عليه من الأوضاع القانونية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٨) .

وكانت نصوص التقنين القديم غير مرتبة . فقد بدأت بنص فى شأن عبء الإثبات . ثم بينت المواطن التى يجب الإثبات فيها بالكتابة وتلك التى يجوز الإثبات فيها بالبينة وبالقرائن . وعرضت بعد ذلك لإثبات التخلص من الدين بتسليم السند وبوجوده تحت يد المدين وبالشروع فى الوفاء . ثم عادت لجواز إثبات أصل الدين بدفع الفوائد . ثم عرضت لليمين المتممة ثم لليمين الحاسمة . ثم رجعت إلى تعريف المحررات الرسمية والمحررات العرفية مع بيان حجية كل منهما وبيان حجية التاريخ ومتى يكون تاريخاً ثابتاً . ثم عرضت للتأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين ومدى حجية هذا التأشير . وعادت بعد ذلك إلى تحديد قيمة صور الأوراق الرسمية . وانتقلت فجأة إلى حجية الأمر المقضى . ثم عرضت للإقرار . وانتهت بنص يطلق الإثبات فى المواد التجارية .

١٦ — **ترتيب التقنين الجديد** : أما التقنين الجديد[1] فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منطقياً فى الباب السادس من الكتاب الأول . فقدم لهذه القواعد بنص فى تحميل عبء الإثبات . وفى فصول خمسة عرض للإثبات بالكتابة ، فالإثبات بالبينة ، فالإثبات بالقرائن ، فالإثبات بالإقرار ، فالإثبات باليمين . وفى الإثبات بالكتابة عرف الورقة الرسمية وبين حجيتها وحجية صورها ، ثم عرف الورقة العرفية وبين حجيتها وحجية التاريخ وثبوته ، ثم انتقل لقيمة بعض الأوراق العرفية فى الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفى الإثبات بالبينة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفى الإثبات بالقرائن عرف القرينة القانونية

---

(١) ونوجه النظر منذ الآن إلى أن الذى وضع المشروع الابتدائى فى الإثبات هو الأستاذ استنويت (Stenuit) الذى كان قاضياً بالمحاكم المختلطة (انظر الوسيط جزء أول ص ١٧ هامش رقم ٢) . وقد وضع هذا المشروع الابتدائى فى اثنتين وخمسين مادة ، وأرفق بهذه النصوص مذكرة إيضاحية تتمشى معها بطبيعة الحال . وقد تناولت لجنة تنقيح القانون المدنى هذه النصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدى للقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التى وضعها الأستاذ استنويت أدرجت كما هى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ، دون مراعاة لما أدخل على النصوص الأولى من تنقيح وتعديل . فأصبحت هذه المذكرة ، فى بعض المواضع ، لا تتمشى مع النصوص النهائية . وسننبه إلى كل مسألة فى موضعها .

وبين حجيتها ، وانتقل إلى حجية الأمر المقضى كقرينة قانونية ، وإلى حجية الحكم الجنائى بالنسبة إلى القضاء المدنى ، ثم عرض للقرائن القضائية . وفى الإثبات بالإقرار عرف الإقرار ، وحدد حجيته ، وبين متى يتجزأ . وفى الإثبات باليمين عرض لليمين الحاسمة ، ثم لليمين المتممة .

١٧ — لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً فى قواعد الإثبات :
وفى غير هذا الترتيب المنطقى المتسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً فى قواعد الإثبات . بل اقتصر التنقيح على بعض المسائل التفصيلية ، مع تهذيب فى العبارة والأسلوب ، وتوضيح لما كان مقتضباً أو مبهماً ، وحتى فيما زاده التقنين الجديد من الأحكام ، كتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التجار والأوراق المنزلية وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة وجواز إثبات الحنث فيها ، لم يستحدث قواعد جديدة ، ولكنه اقتصر على تقنين القضاء المصرى فى هذه المسائل[١] . وسنعود إلى كل مسألة فى موضعها .

١٨ — سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان : ومهما يكن من أمر ، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين الجديد كما قدمنا . فنذكر فى هذه المناسبة المبدأ العام فى سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان ، لنرى متى تسرى القواعد الجديدة بوجه عام ، تاركين تفصيل سريان كل قاعدة إلى موضعها من هذا الكتاب .

أما القواعد الموضوعية للإثبات ، وهى تلك التى تعين طرق الإثبات وتبين متى يجوز قبولها وتحدد قيمة كل منها ، فالقانون الذى يطبق هو القانون الذى كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته . فلو كان هذا القانون يجيز الإثبات بالبينة مثلا ، جاز هذا الإثبات حتى لو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف فى الرأى[٢] . وتطبيقاً لهذا

---

(١) انظر الوسيط جزء أول ص ٧١ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون الذى كان معمولا به وقت إبرام التصرف هو الذى يسرى على هذا التصرف من حيث شروط صحته ومن حيث شكله ومن حيث طرق إثباته (٢٥ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص٤٧١) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت =

المبدأ نصت المادة التاسعة من التقنين المدنى الجديد على أن (تسرى فى شأن الأدلة

= صدورها(استئناف مصر ٢٤فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة١٠ رقم ٣٤٦ ص ٦٩٦) وقد كانت المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تنص على أن « تسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية » ولكن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) أما طرق الإثبات التى هى ليست من عمل الطرفين بل يترك أمرها إلى القاضى ، كالاقرار واليمين ، فيسرى عليها القانون الجديد . فلو أن قانوناً جديداً منع اليمين فى حالة معينة ، فان توجيه اليمين يكون غير جائز فى هذه الحالة حتى عن واقعة حدثت قبل نفاذ القانون الجديد (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص٢٢٩) .

وإذا خفض قانون جديد نصاب البينة إلى خمسة جنيهات مثلا ، فالتصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنيهات ولا تزيد على العشرة يكفى فى إثباتها البينة والقرائن، لأن القانون القائم وقت إبرام التصرف كان يجيز ذلك (ديرانتون ١ فقرة٦٦ — ديمولومب ١ فقرة ٥٤ — لوران ١ فقرة ١٧٦ — أوبرى ورو ١ (طبعة خامسة) فقرة ٣٠ ص١٢٧ — بودرى وهوك فوركارد ١فقرة ١٧٦) . أما إذا رفع قانون جديد نصاب البينة إلى عشرين جنيها مثلا ، فالأصل أن التصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد ، وتزيد على عشرة جنيهات ، لايجوز إثباتها بالبينة ، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنيهاً ، إعمالا للقانون القائم وقت إبرام هذه التصرفات دون نظر لأحكام القانون الجديد ، حتى لا يتأثر مركز الخصمين بهذه الأحكام . وبهذا الرأى يقول كثير من الفقهاء (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ — ديمولومب ١ فقرة ٥٤ — لوران ١ فقرة ١٧٦) . ولكن بعض الفقهاء يذهبون إلى جواز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة لأن فتح القانون الجديد لهذا الطريق للاثبات إنما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصلح ، ولا يجوز للمدين فى هذا الفرض أن يدعى أنه كسب حقاً فى أن يتخلص من التزامه بسبب عقم طرق الإثبات التى كانت قائمة وقت نشوء هذا الالتزام (أوبرى ورو ١ طبعة خامسة ص ١٢٨ وهامش رقم ٦٦ — بودرى وهوك فوركارد ١ فقرة ١٧٦ —بيدان وبرو ٩ فقرة١١٥٧ص٢٢٩— ص ٢٣٠ . على أن القائلين بهذا الرأى الأخير يقصرونه على الحالة التى نحن بصددها ، ولا يعممونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية ، فهذه وتلك يحكمها القانون الذى يكون قائما وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذى ترتبت عليه (أنظر فى هذا الموضوع جوريس كلاسير المدنى (Juris-classeur Civil) قسم ١٣٤ مادة ١٣١٦ فقرة ١٤ — فقرة ١٧) .

أما الوقائع التى لاتتوافر أدلتها وقت نشوئها — وهى الوقائع المادية — فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كانت قد نشأت فى ظل القانون القديم . وكذلك جواز قبول الواقعة فى الإثبات يعتبر من النظام العام فيسرى عليه القانون الجديد ، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، ولكن هذا النص حذفته لجنة المراجعة تجنبا للتفصيلات ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٥) . انظر فى هذا الموضوع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فى المواد المدنية فقرة ٥٣ — فقرة ٥٦ ص ٦١ — ص ٦٥) .

التى تعد مقدماً النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده »[١] .

أما الإجراءات التى تتبع فى سلوك طريق الإثبات ، فهذه يسرى عليها القانون القائم وقت نظر الدعوى ولو كان جديداً ، لأن قوانين الإجراءات الجديدة تسرى على الماضى[٢] .

ثانياً — المبادىء الرئيسية التى تقوم عليها قواعد الاثبات

١٩ — مبادىء ثلاثة : يقوم الإثبات على مبادىء رئيسية ثلاثة : (ا) فهو نظام قانونى (système légal) ، أى تنظمه قواعد يقررها القانون . (ب) ويكون القاضى فيه محايداً ، وهذا هو مبدأ حياد القاضى (neutralité du juge) . (ج) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإيجابى ، وهذا هو حق الخصم فى الإثبات (droit à la preuve) .

والواقع —كما سنرى— أن هناك تعاوناً وثيقاً فى الإثبات بين القانون والقاضى والخصوم . فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها . والقاضى يطبق القواعد التى يقررها القانون فى ذلك ، ويتمتع فى تطبيقها بشىء غير قليل من حرية التقدير . والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعاواهم ، وذلك على الوجه الذى رسمه القانون ، ولكل خصم الحق فى مناقشة الأدلة التى يقدمها خصمه وفى تفنيدها وفى إثبات عكسها .

ونستعرض الآن هذه المبادىء الثلاثة .

---

(١) وكان النص فى المشروع يجرى على الوجه الآتى : « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى يعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى يستطاع أو ينبغى فيه إعداده » . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « الذى يستطاع فيه إعداده » اكتفاء بعموم عبارة « الذى ينبغى فيه إعداده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) .

(٢) وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ما يأتى : « تسرى النصوص المتعلقة باجراءات الاثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأن مكانه المناسب هو تقنين المرافعات (انظر المادة الأولى من تقنين المرافعات الجديد) .

ا — مبدأ النظام القانونى للاثبات — مذاهب ثلاثة

٢٠ — *الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية — العدالة والاستقرار* : رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها . ورأينا أن السبب فى ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائى رسمه القانون . وقد يكون القاضى من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية ، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك ، ولـكن ينعدم أمامه الطريق القانونى لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون فى الإثبات ، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية .

والقانون فى تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين : اعتبار العدالة فى ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية ، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضى فى الأدلة التى يأخذ بها وفى تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها ، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور ، أو فى القليل حتى يحد من تحكمه ، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفى تقدير قيم الأدلة فى الأقضية المتماثلة .

٢١ — *مذاهب ثلاثة فى الاثبات* : ويمكن فى الموازنة ما بين الاعتبارين اللذين تقدم ذكرهما — اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل — أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة فى الإثبات : (١) مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية فى استقرار التعامل ، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (système libre) . (٢) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة ، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل ، وهذا هو المذهب القانونى أو المذهب المقيد (système légal) . (٣) ومذهب ثالث هو بين بين ، يزن ما بين الاعتبارين ، فيعتد بكل منهما ، ولا يضحى أحدهما لحساب الآخر ، وهذا هو المذهب المختلط (système mixte) .

٢٢ — المذهب الحر أو المطلق : أما المذهب الحر أو المطلق ففيه ، كما قدمنا ، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتنقته بعض الشرائع في بدء تطورها ، واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامي(١) ، ولا تزال الشرائع الجرمانية والشرائع الأنجلوسكسونية (القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي) تأخذ به إلى حد كبير .

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم . فاذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد . وننتقل الآن إلى هذا المذهب .

(١) وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديداً جامداً وتقيدهم بشهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً ، « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله » . قال في أعلام الموقعين : « إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه ، كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامه وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته . بل لما ظن هذا من ظنه ضعيوا طريق الحكم ، فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره : فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على بذلك شاهدان أثنان ، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده » . ثم قال في الطرق الحكمية « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ماهو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أشارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها بموجبها ، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له» .

٢٣ — المذهب القانونى أو المقيد : فى المذهب القانونى أو المقيد يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضى . « وهذا المذهب — كما جاء فى الموجز(١) — على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطيع إثباتها بالطرق التى حددها القانون » . وقد تغلب فى الفقه الإسلامى المذهب القانونى فى الإثبات . فيجب فى الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ، ولا يكتفى بشاهد واحد إلا فى حالات استثنائية (٢) ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضى حرية فى التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى فى حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً (٣) .

٢٤ — المذهب المختلط : والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق والاثبات المقيد . « وأشد ما يكون إطلاقاً — كما جاء فى الموجز(٤) — فى المسائل الجنائية ، ففيها يكون الاثبات حراً يتلمس القاضى وسائل الاقناع فيه من أى دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أى دليل آخر . ثم يتقيد الاثبات بعض التقيد فى المسائل التجارية مع بقائه حراً فى الأصل . ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير فى المسائل المدنية ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية فى ذلك مع الملابسات والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضى من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصرى بهذا المذهب مقتفياً فى ذلك أثر

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

(٢) وكذلك كان الأمر فى الصدر الأول من القانون الفرنسى القديم ، فكانت شهادة الواحد لا تصلح testis unus, testis nullus — انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٢ .

(٣) انظر القوانين الفقهية لإبن جزى ص ٣٠٩ — ص ٣١٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسى والقانون الايطالى والقانون البلجيكى » .

ويلاحظ على هذا المذهب أمران : (١) أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعيـة ، فلا تزال للأدلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هى مجرد احتمال راجح idée de probabilité وليست حقيقة قاطعة . ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلا أمام القاضى . (٢) أن المذهب المختلط يتفاوت فى نظام قانونى عنه فى نظام آخر ، فهو يضع من القيود على حرية القاضى فى تلمس الدليل قليلا أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونيـة . فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعيـة فيرجح حظ العدالة ، ومنها ما يزيد فى القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضـائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل . وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين فى كفتى الميزان ، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى .

ب — مبدأ حياد القاضى (١)

٢٥ — موقف القاضى من الاثبات فى كل من المذاهب الثلاثة :

ويتصل بما تقدم موقف القاضى من الاثبات . فهو فى المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابى ، ينشط القاضى فيه إلى توجيه الخصوم ، واستكمال ما نقص فى الأدلة ، واستيضاح ما أبهم منها . وهو فى المذهب القانونى أو المقيد موقف سلبى محض ، لا يعدو القاضى فيه أن يتلقى أدلة الاثبات كما يقدمها الخصوم دون أى تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التى حددها القانون ، فاذا رأى الدليل ناقصاً أو مبهمـاً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو فى الحالة التى قدمه فيها الخصوم . وهو فى المذهب

---

(١) الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (impartialité) — فإن هذا واجب بداهة على القاضى — بل معناه أن يقف القاضى موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (neutralité) (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥١ ، ص ٢١٨) .

المختلط ينبغى أن يكون موقفاً وسطاً بين الايجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الايجابية منه إلى السلبية ، فيباح للقاضى شيء من الحرية فى تحريك الدعوى وفى توجيه الخصوم وفى استكمال الأدلة الناقصة وفى استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضى بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة ، فان هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضى فى تقدير وزن كل دليل فى حدود قيمته القانونية ، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة (١) .

أما منع القاضى من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضى ، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم فى مناقشة أى دليل يقدم فى القضية ، وسنرى ذلك فيما يلى .

٢٦ — مبدأ حياد القاضى فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى :

قد رأينا أن القوانين اللاتينية ، والقانون المصرى معها ، قد اتخذت المذهب المختلط فى الاثبات . وهى مع ذلك لا توسع على القاضى فى حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية إلا إلى مدى محدود ؛ فالقاضى يستطيع مثلا أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه ، كما يستطيع أن يعين خبيراً ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً (comparution personnelle)، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif) .(٢) وقد زاد تقنين المرافعات المصرى الجديد فى إيجابية موقف القاضى من الاثبات فخوله سلطة فى توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التى تترتب على عدم قيد المدعى لدعواه ، وبشطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور ، وبوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وبسقوط الخصومة لانقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بفعل المدعى أو تقصيره ، وبتقادم الخصومة بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة ، وبادخال القاضى

---

(١) ديموج فى الأفكار الرئيسية فى القانون الخاص (Notions fondamentales du droit privé) الفصل السابع ص ٥٣٤ — ص ٥٤١ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ — ص ٦٤٨ .

من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً فى الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعى بعد أن انحرف بها عنت الخصوم أو إهمالهم ، وباجراءات التحقيق فاذا أحيلت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير فى نظر الموضوع موقوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة (١) .

جـ — مبدأ دور الخصوم الايجابى — الحق فى الاثبات

٢٧ — دور الخصوم فى مناقشة الادلة التى تقدم فى الدعوى — لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه : على أنه مهما يكن من قدر الحرية التى تطلق للقاضى فى الاثبات ، فلا جدال فى أن أى دليل يقدمه الخصم فى الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ، ويدلى كل برأيه فيه ، يفنده أو يؤيده ، والدليل الذى لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به (٢) . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى ما لم يناقش فى القضية القائمة (٣) .

---

(١) أنظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٩ ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى فى شرح المرافعات المدنية والتجارية ص ١٠ — ص ١١ .

(٢) فلا يجوز للقاضى أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها (لارومبير ٥ م ١٣١٦ فقرة ١٠ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٠٠ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٦ — نقض فرنسى ٢٠ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ٥٤) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته (نقض فرنسى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ —١— ٣٦٨) ولا بتحقيق جنائى لم تناقشه الخصوم (نقض فرنسى ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٤٨) . ولكن يجوز لمحكمة الاستئناف ، دون أن تفحص من جديد الدليل الذى سبق أن فحصته محكمة أول درجة ، أن تستخلص من هذا الدليل نتيجة غير النتيجة التى استخلصتها هذه المحكمة الأخيرة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٩) .

(٣) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٢١ ص ٤٨٨ . أنظر فى هذه المسألة — مناقشة الخصوم للأدلة — من ناحية التطور التاريخى رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الاثبات فى القانون المقارن ص ٢٣٩ — ص ٢٤٧ .

وهذا مبدأ جوهرى من مبادىء التقاضى ، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ، وحتى تتكافأ فرص الخصوم فى الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها (م ١٠٨ مرافعات) .

ولا يجوز للقاضى أن يقوم بمعاينة مكان النزاع فى غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار باجرائها . ولكن يكفى أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته ، فاذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم فى ذلك وصح الأخذ بالدليل [١] . كذلك لا يجوز للقاضى أن يأتى بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم ، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها [٢] .

ويترتب على حق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه . ذلك أن علم القاضى هنا يكون دليلا فى القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضى منزلة الخصوم ، فيكون خصما وحكماً ، وهذا لا يجوز [٣] . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضى

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠—١—٥٤ (سبقت الإشارة إليه) — ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨—١—١١٤—٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣—١—٣٦٨ (سبقت الإشارة إليه) . انظر الأستاذ عبد الباسط جميعى فقرة ٩٠ .

(٢) ويقول بارتان (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤ حاشية رقم ٨ ter) إنه لو سمح للقاضى أن يتدخل فى الإثبات وأن يأتى من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، لخشى أن يعدل من طلبات المدعى أو أن يحور فيها ، وليست هذه مهمة القاضى . فإذا ما أتى القاضى بأدلة من عنده ، ورضى الخصوم أن يناقشوها ، ونزلوا عن حقهم فى الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين ، وهو جائز فى صورة صريحة فيجوز فى هذه الصورة الضمنية (ص ٧٦ حاشية رقم ٨ sexies) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة (commune renommée) لابد فيها من إثبات هذه الشهرة العامة إذا أنكرها الخصم الآخر ، وفرق مابين إثبات الواقعة ذاتها وبين إثبات الشهرة العامة وحدها كما يقول أوبرى ورو (١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٧ حاشية رقم ٩) . انظر أيضاً كولان وكابيتان وموراندير ٢ ص ٤٨٨ .

(٣) ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضى فى قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، فله أن يستعين فى قضائه بما هو معروف من أن الأراضى فى مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رقبة ومنفعة بعد أن كانت أراضى خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو =

عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد فى الاثبات ، فان حياد القاضى لا يتعارض ضرورةً مع القضاء بعلمه ، وإنما يرجع إلى مانذكره هنا من حق الخصوم فى مناقشة الدليل(١) .

وهذا الدور الايجابى للخصوم فى الاثبات، وما يستتبعه من حقهم فى مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع : (١) حق الخصم فى الاثبات (٢) حق الخصم الآخر فى إثبات العكس (٣) لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلا لنفسه (٤) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه . ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

٢٨ — حق الخصم فى الاثبات : على الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التى بينها القانون . فموقفه فى الاثبات موقف إيجابى . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ماتحت يده أو مايستطيع إبرازه من الأدلة التى يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فان لم يمكنه القاضى من ذلك كان هذا إخلالا بحقه ، وكان سبباً للطعن فى الحكم بالنقض .

ويتقيد حق الخصم فى الاثبات بقيود ثلاثة : (١) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التى حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة مالا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يجزىء إقرار خصمه إذا كان هذا الاقرار لا يتجزأ ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً فى توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الاثبات أن يتقدم بما عنده

= معروف من أن رى الحياض لا يكون إلا دورة زراعية واحدة، وبأن ثمن القطن كان منخفضاً فى أوقات مرتفعاً فى أوقات أخرى (انظر الأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٧٣ والأحكام التى أشار إليها ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص١٦) .

وانظر فى جواز أن يقضى القاضى بعلمه فى الفقه الإسلامى عند المتقدمين (فى غير الحدود الخالصة) وفى عدم جواز ذلك إطلاقا عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم فى طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٣٣ — ص ٤٢ .

(١) ويقطع فى ذلك أن القاضى الجنائى ، ودوره فى الإثبات إيجابى إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً ، ممنوع مع ذلك من القضاء بعلمه ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جميعى فى كتابه «نظام فى الإثبات القانون المدنى المصرى» (ص ٧٨) .

من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التى رسمها له القانون . (٢) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تـكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة فى دلالتها جائزة الاثبات قانوناً . وسنفصل هذه الشروط فيما يلى . (٣) ويبقى للقاضى بعد كل ذلك حرية واسعة فى تقدير قيمة الأدلة التى تقدم بها الخصم ، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الـكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى هذه الورقة من إسقاط قيمتها فى الاثبات أو إنقاصها (م ٢٦٠ مرافعات) ، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التى تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير فى إجراءات التزوير التى طلبها الخصم الذى طعن بالتزوير فى هذه الورقة (م ٢٨٤ مرافعات) بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة (م ٢٩٠ مرافعات) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الاثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الاجراءات (م ١٦٥ مرافعات) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست فى حاجة إلى استجواب فان له أن يرفض طلب الاستجواب الذى يتقدم به الخصم (م ١٦٨ مرافعات) .

وحق الخصم فى الاثبات يقابله واجب يلقى على عاتق الخصم الآخر ، بل على عاتق الغير ، فى ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد ، فيفرض فى بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم مستندات فى حوزته لتمـكين المدعى من إثبات حقه ، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلى .

٢٩ — حق الخصم الآخر فى اثبات العكس : وكل دليل يتقدم به الخصم لاثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق فى نقضه وإثبات عكس مايدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ١٩٢ من تقنين المرافعات على أن « الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذه الطريق » . وإذا كان الدليل الذى قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو

إمضاءه أو أن يطعن فى الورقة بالتزوير ، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفى جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر — فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير — أن يثبت عكس ماهو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التى قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية ، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأى طريق آخر . وكذلك الحال فى القرينة القانونية ، فان الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التى لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولابد فى منع إثبات العكس فيها من نص فى القانون .

وحتى الاقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فاذا تمسك الخصم بالاقرار الصادر من الخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الاقرار لعدم الأهلية أو للغلط أو لغير ذلك من العيوب . وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين .

ويتبين من كل ذلك أن الأصل فى الدليل الذى يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وأن حق الخصم فى إثبات مايدعيه يقابله حق الخصم الآخر فى إثبات العكس .

٣٠ — ***لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلا لنفسه*** : الأصل أن الدليل الذى يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلا عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلا على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بامضائه . وإذا كانت الورقة ليست دليلا كاملا واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فانه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذى يراد الاثبات ضده على التفصيل الذى سنبينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذى يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه ، فمن البداهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا بنفسه لنفسه . «ولو يعطى الناس بدعواهم — كما جاء فى الحديث الشريف — لادعى

أناس دماء رجال وأموالهم»[1] . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذى يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته ، أو أن يكون ورقة صادرة منه ، أو مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من التقنين المدنى على أنه «ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة» . وهذه القاعدة فرع عن مبدأ أعم وأشمل ، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه ، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه . فالوارث الذى يقتل مورثه يحرم من إرثه ، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه ، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م ٧٥٧ مدنى) . ويعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه ، وكذلك لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق (م ٣٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد) .

على أن القانون نص فى بعض الحالات ، لمبررات قدرها المشرع ، على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى من أن «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة» . ومن ذلك ما نص عليه التقنين التجارى من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على التاجر ، إذ تقضى المادة ١٧ من هذا التقنين بأنه «يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً» . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة

---

(١) انظر طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٣٥ ونظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى للأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٩٣ .

٢٥٧ من تقنين المرافعات — فى حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها — من أنه «إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة فى الموعد الذى حددته المحكمة . . . اعتبرت صورة الورقة التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها»[١] .

٣١ — لا يجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه الا فى حالات معينة : قدمنا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه . ويقابل ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) . فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه ، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه[٢] .

غير أن بداهة القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم فى الاثبات قد يصل فى بعض الحالات إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل فى حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية فى حاجة إلى إمعان فى النظر .

فمن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه من تقديم مستندات فى حوزته ، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلا بأن امتنع مثلا عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، جاز أن يخسر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذى علق

---

(١) على أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستند إليها الخصم الآخر ، وفى هذا الاستناد إقرار من هذا الخصم الآخر بصحة ما جاء بالورقة ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يحتج بها بالرغم من أنها صادرة منه هو (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٢٥٠ — نظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى للأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٩٣ .

(٢) انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص٢٢٢ — ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١١ ص ٤١٨ — استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٢ .

عليه التزامه مستحيلا فان القانون يفترض أن الشرط قد تحقق[١] . بل إن الغير أيضا — لا الخصم وحده — قد يلقى عليه واجب المعاونة فى الاثبات . فيطلب شاهداً فى الدعوى ويجب عليه الادلاء بشهادته فاذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة ، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بابرازها بين يدى القضاء[٢] .

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن تفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يحوز أو يحرز شيئاً أو مستنداً يكون للغير مصلحة فى عرضه لاثبات أمر يدعيه أن يعرض هذا الشيء أو يقدم هذا المستند للقضاء للكشف عما يمكن أن يتضمنه من وجوه إثبات الأمر المدعى به . ويرفع بهذا الالتزام القانونى دعوى تسمى بدعوى العرض (action ad exhibendum)[٣] . وقد نص على هذه

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد، وكان نصها يجرى على الوجه الآتى : « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه » . وقد حذفت فى لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة . وانظر أيضاً المادة ١١٧٨ من التقنين المدنى الفرنسى وبلانيول وريبيرو جابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤ .

(٢) ديموج ٣ ص ٣٤٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤.

(٣) ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الرومانى ، منذ عهد الألواح الاثنى عشر على قول (أكارياس Accarias فى القانون الرومانى ٢ ص ٨٧٦) ، وفى آخر عهد الجمهورية على قول آخر (جيرار Girard الطبعة الثالثة ص ٦٢٩ هامش رقم ٢) — وانتقلت الدعوى فى العصور الوسطى إلى القانون الكنسى (droit canonique) وإلى بعض قوانين العادات (droits coutumiers) فى فرنسا . ولم يرد فى شأنها نص عام فى التقنين المدنى الفرنسى ، ولكن وردت بعض نصوص تشريعية متفرقة فى بعض تطبيقاتها التفصيلية . من ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى الفرنسى فيما يتعلق بمستندات العين المقسومة التى توجد فى يد أحد الشركاء المتقاسمين ، ومن ذلك المواد من ١٤ إلى ١٧ من التقنين التجارى الفرنسى فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها — ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يميلان إلى تعميم هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها (ديموج ٣ فقرة ٢١١ — ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ ص ٧٤٠ وسنة ١٩٢٨ ص ٨٩٨ — ديمونتيس Demontès فى دعوى العرض فى القانون الحديث رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — حلاسون وتيسيه وموريل ، فقرة ٥٩٤ — موريل فقرة ٤٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٢ ص٨٣٥ — ص ٨٣٦ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧٣ —فقرة ١١٧٥ — نقض فرنسى ١٧ يونية سنة ١٨٧٩ سيريه ١٨٨١ — ١ — ١١٦ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٩ — ١ — ٨٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٢٧١ — ١٦ مارس سنة ١٩٢١ مجلة القانون المدنى ١٩٢١ ص ٧٤٠) .

الدعوى كل من القانون الألمانى والقانون السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى. وأخذ بها القضاء الفرنسى دون نص ، يبنيها تارة على وحدة المصلحة أو الشركة فى المستند (communauté d'intérêt, communauté de titre) [1] لاسيما إذا كان هذا المستند عقداً ، ويبنيها طوراً على مصلحة العدالة (intérêt de la justice) [2] . ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسى أنه يجعل للخصم حق الاثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة فى ذلك ما استطاع إليه سبيلا ، ما دام لا يوجد مانع قانونى كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة[3]. فاذا لم يقم الخصم بواجبه فى المعاونة ، وعطل على خصمه حقه فى الاثبات ، اعتبر فى منزلة من قام الدليل ضده ، وخسر الدعوى[4] .

أما فى مصر ، فقبل صدور التقنين المدنى الجديد وتقنين المرافعات الجديد ،

---

(١) وذلك كمحاضر الجرد وعقود القسمة وتصفية التركات والأموال المشتركة وعقود الوكالة والشركات (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٧ — ص ٢٤٨ .

(٢) محكمة رن ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٨ ص ٨٩٨ . انظر كذلك القضاء البلجيكى : بروكسل ٦ مارس سنة ١٨٦٣ باسيكريزى ١٨٦٣ — ٢ — ٩٦ — لييج ٤ أبريل سنة ١٨٦٨ باسيكريزى ١٨٦٨ — ٢ — ٢١٩ . ويذهب كل من القضاء الفرنسى والقضاء البلجيكى إلى أن المبدأ القاضى بألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) لا يجوز أن يتخذ ستاراً للحيلولة دون العدالة ولتحقيق أغراض ذاتية . ويقول بيدان وپرو فى هذه المناسبة إن الاحتماء بالمبدأ على هذا الوجه يعد ضرباً من التعسف (abus des droits) (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨) .

(٣) وكوجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفى هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديمه ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية (astreinte) ، بل جاز الحكم ضده فى الدعوى (نقض فرنسى ١٥ يولية سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٤٩٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩) .

(٤) ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كسجلى الحالة المدنية (officiers de l'état civil) وحافظى الرهون (conservateurs des hypothèques) وموثقى العقود (notaires) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب عن الخصومة فيجوز كذلك إجبارهم إذا ثبت ضدهم غش أو تدليس أو كانوا شهوداً فى الدعوى . هذا إلى أن الفرد الذى يمتنع دون حق عن تقديم مستند فى يده يفيد العدالة يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذى يحدثه بمقتضى المادة ١٣٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٦ — فقرة ١١٧٧) .

كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلا يرى أنه ليس فى مصلحته[1] . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالته المحتملة ، ولايتحتم اعتباره تسليما بادعاء الطالب[2] ، وللمحكمة أن تقضى لمصلحة الخصم الذى يرجح لديها أنه هو المحق[3] ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلا للحكم ضده[4] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه « لا يجبر خصم على أن يقدم دليلا يرى أنه ليس فى مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه » (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٠ ص ١٦٠ — وانظر حكماً آخر فى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ ص ١٠٨٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم فى دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية ، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستبعادها من دوسيه الدعوى ، لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة بتقديم الأصل ، فلا يجوز قبول تقديم ورقة زعم مقدمها أنها صورة طبق الأصل ليحرج الحكومة إلى تقديم الأصل المخالف للصورة (محكمة الاستئناف ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢)وقضت محكمة الموسكى بأنه لايجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية (محكمة الموسكى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وامتنع عن تقديمها فهذا الامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالته المحتملة وبغير إلزام من القانون بعده حتما تسليماً بقول الطالب (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٥ ص ٥٦٣ . وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٠٢ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من *إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق ، فلم يقدمها وادعى* عدم وجودها عنده ، فإن لها أن تحكم فى موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذى يرجح لديها أنه هو المحق . وبحسبها أن تكون قد دونت فى حكمها حجج الطرفين ، واعتمدت فى ترجيح ما رجحته منها على أسباب معقولة ، ليكون حكمها بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد فى ذلك كله داخل فى فهم الواقع فى الدعوى مما لا شأن فيه للقانون» (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٢ ص ١٠٨٢) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند — كمحضر جرد تركة — بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بسبب هذا الامتناع الاطلاع على هذا المستند ، اعتبر خصمه قد أقام الدليل على ما كان يطلب إثباته من واقع هذا المستند (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

وقدكان المشروع الابتدائى للتقنين المدنى الجديد يحتوى على نص يقرر دعوى العرض(action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع الفرنسي الايطالى ، فحذف فى لجنة المراجعة لأنه أدخل فى باب المرافعات ، وكان هذا النص (المادة ٢٧٣ من المشروع الابتدائى) يجرى على الوجه الآتى : «١ — كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فاذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولوكان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له ، ٢ — على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه ، ٣ — ويكون عرض الشيء فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضى مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض» (١) .

ولم يتضمن تقنين المرافعات الجديد هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التقنين المدنى كان بسبب أنه أدخل فى باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تقنين المرافعات تضمن طائفة من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذا النص ما يأتى : «يدخل الالتزام بتقديم شيء فى نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (ا) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق أو عينياً . (ب) والثانى أن يكون الشيء المدعى به فى يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً فى الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضى ... فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلى مثلا . والأصل فى العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى . ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن فى تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبه . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ — ص ٤٩٢ فى الحاشية) .

تحت يده ، فنصت المادة ٢٥٣ على أنه « يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده : (١) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها (٢) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة[1] (٣) إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى[2] » . وأولى هذه الحالات — حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها — مثلها ما نصت عليه المادة ١٦ من التقنين التجاري من أنه « لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد الشركات وقسمة الشركات وفي حالة الافلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . فهذا نص يجيز في أحوال معينة في المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهي الشيوع والتركة وقسمة الشركات والافلاس — أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لاثبات حق مدعى به ، ولكن النص محدود — كما نرى — من حيث الأحوال التي يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ذاته . فهو لا ينطبق إلا على بعض الدفاتر التجارية . وكذلك نصت المادة ١٨ من التقنين التجاري على أنه «يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها مايتعلق بهذه الخصومة» . فهذا نص آخر يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التي

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصمه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينهما (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦١ ص ٣٢٠) .

(٢) ومن أجل ذلك نصت المادة ٢٥٨ من تقنين المرافعات على أنه « إذا قدم الخصم ورقة للاستدلال بها في الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة » .

يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ، إلا إنه محدود من حيث الغرض من تقديم المستند . فهذا الغرض مقصور على أن تطلع المحكمة — دون أن تطلع الخصوم كما هى الحال فى شأن المادة ١٦ المتقدمة الذكر — على دفاتر التجار لا فى جميع أجزائها بل فى الجزء الذى وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين ١٦ و١٨ من التقنين التجارى ببيان أوفى عند الكلام فى دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة ٢٥٤ من تقنين المرافعات البيانات الواجب ذكرها فى الطلب الذى يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فتقول : « يجب أن يبين فى هذا الطلب : (١) أوصاف الورقة التى تعينها (٢) فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل (٣) الواقعة التى يستشهد بها عليها (٤) الدلائل والظروف التى تؤيد أنها تحت يد الخصم (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمها » . وتبين المادة ٢٥٦ من تقنين المرافعات النتيجة التى ينتهى إليها الطالب فى حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفى حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتى : « إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن الورقة فى حوزته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة لا وجود لها أو أنه لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها » . وتذكر المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فتقول : « إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة الورقة التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها » . وقد سبق أن أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . وتجرى المادة ٢٥٩ من تقنين المرافعات الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتى : « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة » .

وهذه النصوص كلها مستحدثة فى تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألمانى (م ٣٨٦ وما بعدها) وعن تقنين المرافعات التركى (م٣٢٦ وما بعدها)[1] . وهى على كل حال أضيق فى نطاقها من دعوى العرض التى حذف نصها من مشروع التقنين المدنى . فهى لاتجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هى مستند فى الدعوى ألا فى أحوال ثلاث ذكرتها المادة ٢٥٣ [2] . أما نص مشروع التقنين المدنى المحذوف فقدكان يجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذى فى حوزته حتى فى غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضرورى للبت فى الحق المدعى به، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضى . هذا إلى أن النص المحذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . « فيجوز مثلا — كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[3] — لمالك الشىء المسروق أن يطالب من يشتبه فى حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التى أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه فى الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فاذا كان الشىء الذى يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت فى وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها فى إثبات

---

(١) انظر شرح المرافعات المدنيـة والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى ص ٤٥٦ — ص ٤٦٠ وكتاب المرافعـات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٩٢ — ص ٤٩٤ .

(٢) ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضى ، فله أن يرفض طلب تقديم الورقة ، ولو فى إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت المادة ٢٥٣ من تقنين المرافعـات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تـكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث الواردة فيها ، إلا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضى الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وإذن فمتى كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفائه للأجرة التى ادعى أنه قام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبررة التى أوردتها وبمالها من سلطة التقدير الموضوعية فى هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدى ، فإن النعى عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ — ص ٤٩٢ فى الحاشية .

حق للطالب . والثانى أن للقاضى أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلا لمشترى الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقى من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف » .

وإذا كانت نصوص تقنين المرافعات الجديد ضيقة من حيث نطاقها ، فهى على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يقم بتقديم الورقة اعتبرت صورة الورقة التى قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقصى جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانونى من تقديم مستند تحت يده .

§ ٢ — مسائل الاثبات

٣٢ — *مسائل ثلاث* : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

(أولا) محل الإثبات (objet de la preuve) .

(ثانياً) عبء الإثبات (charge de la preuve, onus probandi) .

(ثالثاً) طرق الإثبات (procédés de la preuve).

ونتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

أولا — محل الاثبات

ا — ماهو محل الاثبات :

٣٣ — *محل الاثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته* : قدمنا أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصياً كان هذا الحق أو عينياً ، بل هو المصدر الذى ينشىء هذا الحق .

والمصادر التى تنشىء الحقوق ، أيا كانت ، لا تعدو أن تكون إما تصرفاً قانونياً (acte juridique) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذى بيناه فيما تقدم.

٣٤ — بل هو مصدر أية رابطة قانونية : والمدعى به لا يقتصر على أن يكون قيام حق ، بل قد يكون انقضاء هذا الحق . مثل ذلك أن يرفع شخص على آخر دعوى بدين ويثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين ، فنى هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعيا ويقع عليه عبء إثبات انقضاء الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق ويثبت هذا الحق ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء حق الانتفاع أو حق الارتفاق . وفى جميع هذه الأحوال يكون المدعى به فى الدفع ليس وجود الحق ، شخصيا كان أو عينياً ، بل زواله . وزوال الحق كوجوده يرجع إما إلى تصرف قانونى وإما إلى واقعة قانونية . فمحل الإثبات هنا أيضاً هو التصرف القانونى أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفاً قانونيا يلحق وجود الحق أو زواله ، أى يلحق التصرف القانونى أو الواقعة القانونية . أما مايلحق الواقعة القانونية فمثله أن تكون الواقعة المتمسك بها عملا غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لارتكابها هو الدفاع الشرعى عن النفس ، فهذا الوصف أيضاً هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذى تثبت به الواقعة القانونية الأصلية . وأما مايلحق بالتصرف القانونى — غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام — فمثله أن يكون التصرف عقدا ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للابطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها مايرجع للتراضى ومنها مايرجع للمحل ومنها مايرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانونى تثبت على النحو الذى يثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها مايرجع للأهلية ومنها مايرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس واكراه واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذى تثبت به الواقعة القانونية . وأسباب الفسخ قد تكون تصرفاً قانونياً بأن يختار العاقد فسخ العقد بارادته ، وقد تكون واقعة قانونية بألا يقوم العاقد بتنفيذ التزامه فى عقد ملزم للجانبين .

٣٥ — محل الإثبات ليس إلا التصرف القانونى أو الواقعة القانونية : ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لايعدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية . فالى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله وأوصافه القانونية . بل إلى هذين مرد كل الروابط القانونية ، أيا كانت هذه الروابط .

ومن ثم لامعدى لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمرين . إما تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية (١) . ومتى أثبت ذلك ، كان على القاضى أن يستخلص مما ثبت مارتب القانون عليه من الآثار .

٣٦ — عنصرا الادعاء — الواقع والقانون : فالادعاء بحق أو بأية رابطة قانونية أمام القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين :

---

(١) فلا يكون الحق ذاته محلا للإثبات كما قدمنا . وقد جاء فى الموجز للمؤلف (ص٦٤٩ — ص ٦٥٠) تأكيداً لهذه القاعدة الهامة ما يأتى : «ويعنينا أن نشدد فى بيان أن الأمر الذى يكون محلا للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة عن هذه القاعدة الجوهرية يوقع فى كثير من الخلط . وينبنى على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون محلا للإثبات ، فهو لايثبت أو ينتفى ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحده هو الواقعة القانونيـــة التى تـكون محلا للإثبات ، فالدائن الذى يريد إثبات التزام فى ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام ، هل هو عقد أو إرادة منفردة ، أو هو عمل غير مشروع ، أو هو إثراء على حساب الغير ، أو هو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام . وهذه هى مصادر الالتزام التى بيناها فى أول هذا الـكتاب . ونرى من ذلك أن الأمر الذى يكون محلا للإثبات بالنسبة لجميع الحقوق هو الواقعة القانونية (fait juridique) دائماً ، فان الواقعة القانونية هى مصدر لـكل الحقوق كما بينا . وهى إما أن تـكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية ، والواقعة الاختيارية إما أن تكون عملا مادياً أو عملا قانونياً ، والعمل القانونى إما أن يكون عقدا أو إرادة منفردة ، على التفصيل الذى قدمناه» .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنـكرت صحتها . والجوهرى فى هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكل بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين» . ثم لما تليت المـادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، ونصها : «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه» ، ذكر أن المقصود بعبارة «إثبات الالتزام» هو إثبات مصدر الالتزام . (انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ — ص ٣٥٠) .

(١) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق المدعى به ، أى التصرف القانونى أو الواقعة القانونية التى أنشأت هذا الحق . وهذا العنصر هو وحده الذى يطالب المدعى باثباته . والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للاثبات يلتزم القاضى بتطبيقها فى السماح للخصوم باثبات هذه المسائل . فمثلا إذا رفع المشترى على البائع دعوى بتثبيت ملكيته للعقار الذى اشتراه ، فان ثبوت عقد البيع مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة النقض ، ولكن وجوب إثبات البيع إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات بالكتابة أو بما يقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة.

(٢) عنصر القانون ، وهو استخلاص الحق من مصدره بعد أن يثبت الخصم هذا المصدر ، أى تطبيق القانون على ماثبت لدى القاضى من الواقع . وهذا من عمل القاضى وحده ، لايكلف الخصم إثباته ، فالقانون لايكلف أحداً هذا الإثبات ، بل على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ماثبت عنده من الواقع فيطبقها . وهو فى تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض [١] . فى المثل المتقدم ، بعد إثبات عقد البيع بالكتابة ، يكون على القاضى أن يستخلص منه التزاماً فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع للمشترى ، وعلى القاضى أن يستخلص أيضاً أن الملكية لا تنتقل فعلا إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع . وكل هذه مسائل قانونية يقضى بها دون أن يكلف أحداً من الخصمين باثباتها ، فهى ليست محلا للاثبات إذ المفروض أن القاضى هو

---

(١) وذلك على عكس العنصر الأول ، عنصر الواقع ، فهو كما قدمنا مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة النقض . وقد وازن بارتان (أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢ مكرر ٤) بين منطقة الإثبات — وهى منطقة الواقع — ومنطقة الطعن بالنقض — وهى منطقة القانون — وعارض إحداهما بالأخرى .

ولاحظ بارتان بحق (أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣) أن القاعدة التى تقضى بوجوب أن يبحث القاضى من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هى التى تؤسس قاعدة أخرى معروفة تقضى بجواز إثارة وجوه للطعن جديدة (moyens nouveaux) فى الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضى محكمة أول درجة ملزم بالبحث من تلقاء نفسه عن جميع القواعد القانونية التى يجب تطبيقها فى الدعوى . فإذا قصر فى البحث ، جاز لمحكمة الاستئناف ، من تلقاء نفسها كذلك ، أن تتدارك هذا النقص . ومن ثم جاز للخصوم أيضاً أن يثيروا وجوها قانونية جديدة لم تسبق لهم إثارتها أمام محكمة أول درجة ، لأن هذه المحكمة كان من الواجب عليها أن تثير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها .

أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضى لايستطيع أن يمتنع عن القضاء بحجة أنه لاتوجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها ، وإن امتنع عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة (déni de justice) .

٣٧ — تفسير القانون يلحق بعنصر القانون ، ويقع عبؤه على القاضى لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فتكون فى حاجة إلى التفسير . وعلى القاضى أيضاً يقع عبء هذا التفسير لا على الخصم . فالقاضى هو المنوط به تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الواقع الذى ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد فى أن يقنع القاضى بتفسير للقانون يكون فى مصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون، بل هى محاولة يبذلها لحمل القاضى على أن يفهم القانون الفهم الذى يتفق مع مصلحته . وهى محاولة لم يكلف القانون الخصم بها ، ولم يرسم لها طرقاً معينة كما رسم لإثبات الواقع . وهى بعد محاولة قد تنجح وقد تفشل ، وللقاضى فيها القول الفصل . وآية ذلك أن القاضى فى تفسير القانون يستطيع أن يحكم بعلمه ، وهو لا يستطيع ذلك فى إثبات الواقع . بل هو فى القانون وفى تفسيره لا يحكم إلا بعلمه ، وهذا العلم هو مصدره الوحيد لمعرفة القانون . وغنى عن البيان أنه يستعين فى تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص القانون ، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص ، وما قرره القضاء من مبادىء فى تطبيقها . ولكنه فى النهاية يعتمد على فهمه الشخصى لأحكام القانون ، لا يقيده فى ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون فى هذا الفهم الشخصى خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتعقب على قضائه فيما ترى التعقيب عليه [1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه لكى ينتج الإقرار أثره القانونى يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانونى ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة فى شىء (٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة رقم ٥ ص ٦٢) .

هذا وقد يدور النزاع ، لاحول معرفة القانون أوتفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق وبخاصة عن طريق البحث فى الجريدة الرسمية (قارب بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٢ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠) .

٣٨ — متى يصبح القانون مسألة موضوعية يتعين على الخصم اثباته —

العادة الاتفاقية والقانون الاجنبي : على أن القانون يصبح مسألة موضوعية ، فيتعين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة محكمة النقض ، في موضعين :

(أولا) إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقية (usage conventionnel) وتعتبر شرطاً مفترضاً في العقد لا حاجة إلى التصريح به. فتصبح القاعدة في هذه الحالة شرطاً من شروط العقد ، شأنها في الإثبات شأن سائر شروط العقد يتعين على من يتمسك بها أن يقوم باثباتها . فاذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاض من شهرتها العامة (notoriété publique) ، أخذ بها القاضي كمسألة موضوعية ثابتة . وإن نازع الخصم فيها ، كان على ذى المصلحة من الخصوم أن يثبتها ، ويكون ذلك بجميع الطرق ولو بالبينة أو بقول أهل العلم بها[1] . ذلك أن هذه القاعدة ، وإن كانت تدخل ضمن قانون العقد ، إلا أنها تصبح مسألة واقع لامسألة قانون ، إذ ترد في النهاية إلى إرادة المتعاقدين المفترضة ، فهما قد ارتضيا فرضاً ما ألفته الناس في التعامل من الشروط[2] .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فان التراضي على ذلك مفروغ منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التي ألفتها الناس في التعامل ، وإلا لوجب أن يكون إثباتها بالكتابة فيما يجب إثبات التصرف القانوني فيه بهذه الطريقة . ولكن الإثبات ينصب في هذه الحالة على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيامها المادى (sa matérialité) ، وهذه

---

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٥ ص ٢١٣ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر (الدائرة الاستئنافية) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتبعة في التجارة ، والتي يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالبينة . وينتج عن ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعتهما ، صح الحكم ، تبعاً للعادة عند أرباب طائفتهما ، بأن من يكون منهما قد أقام معملا على العقار بعد الامتلاك ، له الحق في طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن ثمة شرط صريح (١١ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٦٨) .

واقعة مادية تثبت بجميع الطرق كما قدمنا . ويخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التي تقوم على العادة الاتفاقية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع لاتعقيب فيها على محكمة الموضوع .

وهذا بخلاف القاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف (coutume) لا العادة (usage) ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد عارض بارتان [1] بين العادة والعرف من حيث الإثبات . فالعادة ، على ما عرفت ، عنصر من عناصر الواقع ، يتمسك بها الخصم فعليه إثباتها ، كما يفعل فى سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية . أما العرف فقاعدة قانونية ، شأنها فى الإثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع . وليست القاعدة القانونية التي تقوم على العرف فى حاجة إلى الإثبات أكثر من حاجة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع . كلتا القاعدتين قانون واجب التطبيق (opinio juris vel necessitatis) يتعين على القاضى البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم [2] .

---

(١) تعليق بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر .

(٢) وقد كانت القاعدة القانونية التي تقوم على العرف تعتبر فى الماضى عنصراً من عناصر الواقع يتعين على الخصم إثباتها ، شأنها فى ذلك شأن العادة الاتفاقية . ويرجع السبب فى ذلك إلى رغبة المحشين (Glossateurs) فى أن تتغلب قواعد القانون الرومانى على قواعد العرف المحلية (droits coutumiers locaux) . فقواعد القانون الرومانى لا حاجة إلى إثباتها بل القاضى يبحث عنها من تلقاء نفسه ليطبقها ، أما قواعد العرف فهذه لا يطبقها القاضى إلا إذا أثبت الخصوم قيامها ، وبذلك تتغلب قواعد القانون الرومانى على قواعد العرف . ثم بقى العمل على ذلك فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر لسبب آخر غير فكرة تغليب قواعد القانون الرومانى التي أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور التقنين المدنى الفرنسى . ذلك أن مدرسة الشراح على المتون (l'école de l'exégèse) ، التي ظلت سائدة طوال ذلك القرن ، كانت تعتبر أن القواعد القانونية لا تستمد إلا من التشريع ، فالتشريع وحده هو الذى يبحث عنه القاضى من تلقاء نفسه لتطبيقه دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم ، أما العرف فيتعين على الخصوم إثباته . ولما اندثرت هـــذه المدرسة فى أوائل القرن العشرين ، اتجه الفقه الفرنسى اتجاهاً آخر ، تحت تأثير جنى (Gény) وسالى (Saleilles) والفقه الجرمانى ، فاعتبر القاعدة القانونية التي تقوم على العرف فى قوة القاعدة القانونية التيتقوم على التشريع (opinio juris vel necessitatis) كلتاهما قانون واجب التطبيق يتعين على القاضى البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١١ — ص ٢١٢) .

=

(ثانياً) إذا كان القانون المطبق قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد. مثل ذلك أن يطبق القاضي القانون الفرنسي في الحكم بصحة عقد زواج فرنسي بفرنسية. فهنا توجد مسألتان: (١) مسألة قانون، هي قاعدة الإسناد التي تقضي بالرجوع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين، وهي جزء من نصوص التقنين المدني المصري (م ١٢ من التقنين المدني الجديد)، ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض. (٢) ومسألة واقع، هي أحكام القانون الفرنسي (وهو قانون كل من الزوجين) الخاصة بصحة الزواج، وهذه تكون محلا للإثبات، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها، ومتى ثبتت وأخذ بها القاضي فانه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض في التعرف على أحكام القانون الأجنبي. وهنا أيضاً نرى أن القانون— القانون الأجنبي — يصبح مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته، ويعتبر في هذه الحالة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ويدخل في ذلك رأى أهل العلم بالقانون الأجنبي والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقترن بهذه النصوص من تفسير فقهي وقضائي.

= على أن هناك فارقاً عملياً بين العرف والتشريع. فالتشريع أمر التعرف عليه ميسور، فهو محصور في عبارات مكتوبة، يصدر من هيئة معينة، وفي يوم معين، وينشر في سجل معروف، ومن ثم يسهل استيعابه. أما العرف فيتكون على مر الزمن، لا يعرف كيف بدأ، ولا متى انتهى، فيصعب في بعض الأحوال الاستيثاق منه. لذلك كان من مصلحة الخصم الذى يتمسك بالعرف ويستطيع إثباته أن يثبته للقاضي، حتى لا تضيع عليه الفرصة إذا كان القاضي يجهل هذا العرف ولا يستطيع العثور عليه من تلقاء نفسه. على أنه بالرغم من هذا الفارق العملي، يبقى العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته، وعلى القاضي أن يبحث عنه، ويقضى فيه بعلمه، ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرفاً غير موجود أو أغفل عرفاً قائماً، سواء تنبه إلى ذلك أو لم يتنبه (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١٢ — الأستاذ عبد الباسط جميعي في نظام الإثبات في القانون المدني المصري فقرة ٥٩ — فقرة ٦٢)، ويذهب الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (ص ٢٦)، مسايراً في ذلك الأستاذين حامد فهمي ومحمد حامد فهمي في كتاب «النقض» (فقرة ١٦ و فقرة ١٧) إلى أن العرف إذا كان محلياً «فإن افتراض علم القاضي به يصبح غير معقول، وبالتالي يكون على الطرف الذى يستند إليه أن يثبته. وفي هذه الحالة يأخذ العرف حكم الواقعة التي يتعين إثباتها، فيكون أمر التثبت من قيامه متروكاً للقاضي، فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض، أما تطبيق هـذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض».

وعلى هذا جرى القضاء المصرى[1] مقتدياً فى ذلك بالقضاء الفرنسى[2]. والفقه فى فرنسا منقسم فى هذه المسألة . فريق يؤيد القضاء الفرنسى لأسباب ترجع فى الغالب إلى اعتبارات عملية إذ لا يتيسر للقاضى فى كثير من الأحوال أن يلم بالقانون الأجنبى[3] . وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسى ويعتبر تطبيق قانون أجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن القانون لا تتحول طبيعته فيصبح واقعاً لمجرد أن قاضياً أجنبياً يطبقه بمقتضى قاعدة إسناد فى قانونه الوطنى[4] . وهناك من الفقهاء من يرى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبى مسألة قانون ، ولكنه مع ذلك يقر موقف القضاء الفرنسى للضرورات العملية[5] . والفقه

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يتمسك بقانون أجنبى يجب عليه أن يثبته وجوداً ومعنى (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٥٥) . انظر أيضاً حكماً آخر فى هذا المعنى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧) . وقد جرى قضاؤنا المختلط – وكان القضاء الذى تتاح له فرصة تطبيق القوانين الأجنبية قبل استكمال المحاكم الوطنية لولايتها — فى هذا مجرى القضاء الفرنسى (قارن الدكتور محمد عبد المنعم رياض فى مبادىء القانون الدولى الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٣) . والمستقبل كفيل بمعرفة ما سيجرى عليه قضاؤنا الوطنى فى هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته ، وهل سيحذو حذو القضاء المختلط فى تقليده للقضاء الفرنسى ، أو يسير فى طريق مستقل مهتدياً بالمبادىء العلمية السليمة .

(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية (مدنى) فى ٦ فبراير سنة ١٨٤٣ سيريه ١٨٤٣—١—٢٠٩ – حكماً ثانياً فى ١٦ مايو سنة ١٨٨٨ داللوز ١٨٨٨ — ١ — ٣٠٥ — حكماً ثالثاً (دائرة العرايض) فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠—١—٤٩ — حكماً رابعاً فى ٧ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨—٢٥٨ — حكماً خامساً فى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٤—١٤٥ — حكماً سادساً فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨—٣٥٧ .

(٣) باتيفول فقرة ٣٢٣ ص ٣٤٠ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٤٧٩ — ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٥ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٩ ص ٨٣١ – ص ٨٣٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٤ — دى باج (الفقه البلجيكى) ٣ فقرة ٧٠٦ . وانظر فى القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمى ص ٣٤٤ – ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً نبواييه فى مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن ١٩٢٨ فقرة ٦ .

(٤) مورى فى القواعد العامة فى تنازع القوانين ص ٦٩ — بارتان فى مبادىء القانون الدولى الخاص جزء ١ فقرة ١٠٧ — فارى سومبير ٢ فقرة ١١١٠ — فاليرى فقرة ٤٣٩ – أرمانجون ١ فقرة ١٤١ .

(٥) مارتى رسالة من تولوز فقرة ٩٦ — ليريبور بيجونيير فى القانون الدولى الخاص طبعة ثالثة ص ٢٤٩ .

فى مصر منقسم انقسام الفقه فى فرنسا(١) .

ونحن ، مع ذلك ، لانتردد فى اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع . فان القاضى ، إذا أمره قانونه الوطنى بتطبيق أحكام قانون أجنبى ، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبى بالنسبة إلى القضية التى يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطنى . فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق فى هذه القضية . وله أن يصدر فى هذه الأحكام عن علمه الشخصى . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى بدعوى عدم إمكان الاهتداء إليها ، وإلا عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة (déni de justice) . بل ويكون فى تطبيقه لأحكام القانون الأجنبى ، كما هو فى تطبيقه لقاعدة الاسناد التى أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبى ، لا طبقاً لرأيها الشخصى ، بل وفقاً لما تفسره به محاكم البلد الذى ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذا الرأى لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً ، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً أو كان

---

(١) أكثر الفقه فى مصر على أن تطبيق القانون الأجنبى يعتبر مسألة من مسائل القانون ، تصريحا (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٩ — ص ٣٠ ويذهب إلى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبى مسألة من مســائل القانون وقد «نكون معاونة الخصم فى بيان حكم القانون الأجنبى لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لاينزل بالقانون الأجنبى إلى مستوى الواقعة ، ثم انه إذا كان القانون الوطنى يقضى بتطبيق القانون الأجنبى على نزاع معين ، فإن هذا يقتضى تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ فى تفســيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة فى الإلمام بالقانون الأجنبى فلم يعد لها وجود بعد ما نراه اليوم بين مختلف الدول من صلات علمية ساعدت على تبادل المجموعات القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة» . انظر ايضاً نفس المؤلف ص ٢٧ — ص ٢٨ فيما جرى عليه العمل فى هذه المسألة فى انجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا) ، أو تلميحاً (الدكتور محمد عبد المنعم رياض فى مبادىء القانون الدولى الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ — فقرة ٤٣٣ — الدكتور حامد زكى فى القانون الدولى الخاص المصرى طبعة أولى فقرة ١٦٧ — فقرة ١٦٨ — الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة ٢٠ — الدكتور سليمان مرقس فى أصــول الإثبات فى المواد المدنيــة فقرة ١٩ ص ١٨) — والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبى يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبد السلام ذهنى فى نظرية الإثبات ١ ص ٩٤ — وبخاصة الأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٥٥ — ص٥٧ ويذهب إلى اعتبار القانون الأجنبى واقعة ، إذ أن القاضى لايفترض =

قانوناً أجنبياً يأمر القانون الوطنى بتطبيقه فيصبح جزءاً منه فى حدود هذا التطبيق . والذى دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبى إلى حد أن يكون واقعاً لا قانوناً أمران . (الأمر الأول) يرجع إلى التاريخ . فقدكان القانون الأجنبى فى الماضى لا يعامل معاملة القانون الوطنى . وإذا أجيز تطبيقه فعلى اعتبار أنه واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضى عن أحكامه من تلقاء نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يخضع القاضى فى تطبيقه هذه الأحكام لرقابة محكمة النقض ، وإذا امتنع عن تطبيقه لم يعد ناكلا عن أداء العدالة . وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول بأن القانون الأجنبى إنما يطبق على سبيل المجاملة الدولية (ex comitate gentuum) وقد هجرت هذه النظرية هجراناً تاماً وعفا عليها الزمن ، ففيم الإبقاء على بعض آثارها والأصرار على عدم رد اعتبار القانون الأجنبى ! [1] . (والأمر الثانى) يرجع إلى العمل . فقد يصعب فى بعض الأحوال أن يهتدى القاضى من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبى ، ومن ثم كان تكليف الخصم باثبات هذه الأحكام تيسيراً لمهمته . ولكن هذه الحجة لا تصلح سبباً لتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضى فى هذا الصدد ، بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التى يمكن الانتفاع بها فى تحصيل هذا العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت منه فى الماضى . وبعد ، فلا يوجد ما يمنع القاضى من الاستعانة بالخصم صاحب المصلحة فى الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبى ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له فى ذلك ، على أن يبقى القاضى هو صاحب القول الفصل فى التعرف على أحكام القانون الأجنبى ،

= فيه علم قانون غير دولته فهو ليس أداة إلا لدولته . ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق قانون أجنبى فقد أمره أيضا بتطبيق قانون العقد والعقد واقعة . ولكن القانون الأجنبى واقعة عامة من الوقائع التى يمكن أن تكون محلا لعلم الكافة ، فلا جناح على القاضى أن يبحث عنها إن شاء ، ولا عليه أيضاً إن أجرى فى شأنها علمه الشخصى ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن ما دام علمه مطابقاً للحقيقة . فإن لم يطمئن القاضى إلى نتائج بحثه وجب على الأخصام إقناعه ، فإن لم يستطيعوا جاز له أن يعتبر هذه حالة من الحالات التى لا يوجد فيها نص تشريعى وقد يرى تطبيق القانون المصرى على أساس أن هذا هو ما تقضى به العدالة) .

(١) بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر ٤ — انظر أيضاً بيدان ورو ٩ فقرة ١١٤٣ .

خاضعاً فى ذلك لرقابة محكمة النقض[١] .

ب — الشروط الواجب توافرها فى محل الاثبات :

٣٩ — طائفتانه من الشروط : والواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها جملة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (١) طائفة من الشروط بداهتها تغنى عن الإطالة فيها ، وهى أن تكون الواقعة محددة (déterminé) وغير مستحيلة (possible) وغير معترف بها (contesté) . (٢) وطائفة أخرى نصت عليها المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد على الوجه الآتى : « يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزاً قبولها » .

٤٠ — شروط بديهية : أما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بديهى ، فالواقعة غير المحددة لا يستطاع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدين أو بملكية وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته ، أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التى يصح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فان الواقعة التى يريد إثباتها لا تكون محددة تحديداً كافياً ، فلا يصح السماح باثباتها إلا بعد أن تحدد . وكون الواقعة محددة تحديداً كافياً مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض[٢] .

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة ، فهذا أيضاً بديهى ،

---

(١) وقد نظم المجمع العلمى للقانون الدولى الإجراءات التى يستطيع بها القاضى معرفة أحكام القوانين الأجنبية وذلك بواسطة الطرق السياسية (الدكتور عبد الحميد أبو هيف فى القانون الدولى الخاص فقرة ٣٠٢) .

وفى القانون الإنجليزى تفترض مطابقة القانون الأجنبى لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك وأثبتوا ما ادعوه . وفى هذا تيسير عملى على القاضى فيما إذا عجز عن الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبى . وشبيه بذلك ما ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى (وقد حذف النص فى المشروع النهائى) من أنه « فى جميع الحالات التى سيتقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون المصرى ، إذا كان وجود القانون الأجنبى أو مدلوله غير ممكن إثباته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣١٤ — ص ٣١٥) .

(٢) انظر فى الواقعة المحددة فى القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات ص ٣١٢ — ص ٣٥٨ .

فالمستحيل لا يصح عقلا طلب إثباته . والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين : إما استحالة التصديق عقلا وإما استحالة الإثبات . فالأولى كالأعمى يدعى أنه رأى هلال رمضان، والمنجم يدعى أنه أوتى علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله، ومجهول النسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره فى السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هى فى ذاتها قابلة للتصديق عقلا ولكن لا سبيل إلى إثباتها ، كمن يدعى واقعة مطلقة بأن يقول أنه لم يكذب قط أو أنه يؤدى فريضة الصلاة طوال حياته . فهاتان واقعتان إحداهما سلبية والأخرى إيجابية ، وكلتاهما واقعة مطلقة هى متصورة التصديق ولكن إثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك إلا إلى أن الواقعة مطلقة أى خالية من التحديد . ومن ثم نرى أن استحالة الاثبات تتلاقى مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قدمنا ، فان لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لا لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً يستحيل إثباتها . ومن ثم نرى أيضاً أن استحالة الإثبات ترجع إلى عدم تحديد الواقعة لا إلى أنها واقعة سلبية . فالواقعة السلبية المحددة — كالواقعة الإيجابية المحددة — لا يستحيل إثباتها ، فيجوز قبولها للإثبات . مثل ذلك شخص يطالب آخر برد غير المستحق ويثبت أنه لم يكن مديناً بما دفعه للمدعى عليه ، فهنا الواقعة السلبية محددة ، وهى عدم المديونية فى دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذى دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفى مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفى ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقم دليلا على هذا الإعسار (٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) . ويؤخذ من هذا الحكم أن الواقعة السلبية ، حتى لو لم يمكن تحويلها إلى قضية موجبة أو كانت واقعة غير منضبطة النفى ، لا يعفى مدعيها من عبء الإثبات بل يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . =

هذا وكون الواقعة المراد إثباتها مستحيلة التصور عقلا أو مستحيلة الإثبات مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تستطيع أن تنفذ إلى بسط قدر من الرقابة من طريق القصور فى التسبيب .

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها . وهذا أيضاً شرط بديهى ، إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها . فالاعتراف إقرار ، والإقرار كما سنرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعفى مدعيها

= وجاء فى الموجز للمؤلف (ص ٦٥٠) فى هذا الصدد ما يأتى : «ولا يهم أن تكون الواقعة التى يتمسك بها إيجابية أو سلبية فقد تكون الواقعة سلبية ولكنها محددة تحديداً كافياً فتكون قابلة للإثبات . مثل ذلك أن يثبت الدائن أن المدين الملزم بحراسة شىء معين لم يقم بحراسته ، وعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية ، ولكن الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية ، بأن يثبت مثلا أن المدين كان فى جهة أخرى فى الوقت الذى كان ينبغى أن يكون موجوداً بجانب الشىء لحراسته — وقد تكون إيجابية ولكنها غير محددة فلا تكون قابلة للإثبات» .

وأشار بودرى وبارد إلى أن السبب فى الخطأ الذى شاع من أن الواقعة السلبية لا يجوز إثباتها يرجع إلى نص فى القانون الرومانى أساء المحشون (glossateurs) فى العصور الوسطى فهمه . فإن هذا النص يقضى بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى لا على من ينكر (Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat) . والمدعى الذى يقع عليه عبء الإثبات قد يدعى واقعة إيجابية أو واقعة سلبية ، وهو المكلف بالإثبات فى الحالتين . ففسر المحشون النص بتحويره إلى معنى آخر ، هو أن الدليل على من يثبت (qui dicit) لا على من ينفى (qui negat) ، وذهبوا إلى أن النفى هنا معناه الواقعة السلبية ، ومن ثم لا تكون الواقعة السلبية جائزة الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٥ — فقرة ٢٠٦٦ — انظر أيضاً : توليبه ٨ فقرة ١٦ — فقرة ١٩ — ديرانتون ١٣ فقرة ٢ — ديمولومب ٢٩ فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٣ — لوران ١٩ فقرة ٩٥ — كولان وكابيتان ولامور انديير ٢ فقرة ٧١٩ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٨ — الأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٤٩ — ص ٥٢) .

ويلاحظ على كل حال أن القاضى فى إثبات الوقائع السلبية لا يتطلب دليلا فى قوة الدليل الذى يتطلبه فى إثبات الوقائع الإيجابية (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ وهامش رقم ١٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٩ ص ٨٤٥) .

وانظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات (فى الواقعة السلبية ص ٢١١ — ص ٢٢٢ وفى الواقعة المستحيلة ص ٢٩٣ — ص ٣٠٤) .

وانظر فى الشهادة على النفى فى الفقه الإسلامى الأستاذ أحمد إبراهيم فى طرق القضاء ص ٢١ — ص ٢٨ .

من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة [١] . لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة ، لا أنها واقعة غير قابلة للإثبات . ويتضح الفرق بين القولين فى أن الواقعة المعترف بها لا تصبح ثابتة إلا بالنسبة إلى المقر إذ الإقرار حجة قاصرة عليه ، أما بالنسبة إلى الغير فلم يقم الدليل عليها ومن ثم يصح إثباتها ، ولو كانت غير قابلة للإثبات لما صح ذلك [٢] . وغنى عن البيان أن البت فى كون الواقعة معترفاً بها مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض .

٤١ — شروط أساسية : ونعرض الآن للشروط الأساسية التى ورد ذكرها فى المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد ، وهى الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (٢) أن تكون منتجة فى الإثبات (concluant) . (٣) أن تكون جائزة الإثبات قانوناً (admissible) [٣] .

---

(١) ولذلك قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن القانون إنما يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه بذلك من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فقد خالفت القانون (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١٥) .

(٢) انظر الموجز ص ٦٥٠ — ص ٦٥١ — والأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٤٧ — ص ٤٨ .

(٣) وقد كان تقنين المرافعات القديم ينص على شرطين من هذه الشروط الثلاثة — أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وأن يكون جائزاً قبولها — فى مواضع متفرقة (م ١٥٤/١٧١ — ١٦٥/١٨٦ — ١٧٧/٢٠٠ — ١٧٨/٢٠٣ — ١٧٩/٢٠٤ — ١٨٢/٢٠٧) ، وذلك فى الاستجواب واليمين والتحقيق والطعن بالتزوير . ولكن نص تقنين المرافعات الجديد أكمل الناقص من الشروط وجمعها كلها فى نص واحد . أما تقنين المرافعات الفرنسى (م ٢٥٣ — ٢٥٤ فى التحقيق بالبينة) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعة منتجة وجائزة القبول . ويلاحظ أن المكان الذى يجب أن ينص فيه على هذه الشروط هو التقنين المدنى لا تقنين المرافعات ، لأن هذه الشروط من القواعد الموضوعية فى الاثبات لا من القواعد الشكلية .

٤٢ — الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هى ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشترى بالثمن ، فان الواقعة فى هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به وهى فى الوقت عينه منتجة فى الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين — كون الواقعة متعلقة بالحق وكونها منتجة فى الإثبات — فى هذه الحالة وهى حالة الإثبات المباشر (preuve directe). وإنما تظهر أهميتهما فى حالة الإثبات غير المباشر (preuve indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لا على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) من الواقعة الأصيلة إذ يتعذر إثباتها إلى واقعة بديلة هى التى يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد فى هذه الحالة — حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل — أن تكون الواقعة البديلة ، وهى الواقعة المراد إثباتها ، لا قريبة (voisin) من الواقعة الأصيلة فحسب ، بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بها اتصالا وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذى يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعة الأصيلة التى هى مصدر الحق يجعل إثباتها متعلقاً باثبات الواقعة الأصيلة ، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصيلة قريب الاحتمال (١) .

مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التى يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرمى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة

---

(١) انظر فى هذا المعنى بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٤٦ — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧ ص ٣٩ — ص ٤٠ .

هذا وفكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) هى التى تقوم عليها القرائن القانونية ، فهذه القرائن تنطوى على تحويل الدليل من واقعة إلى أخرى ويكون ذلك بمقتضى نص فى القانون .

بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهى إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة فى الإثبات ، لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة (١) وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً فى الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن مدد لاحقة للمدة التى يطالب المؤجر بأجرتها ، فهذه واقعة ليست هى ذاتها واقعة الوفاء بالأجرة المطالب بها بل هى واقعة متصلة بها فهى متعلقة بالدعوى ، ثم هى منتجة فى الإثبات فان التقنين المدنى الجديد (م ٥٨٧) يعتبرها قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك (٢) .

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٣).

٤٣ — الواقعة منتجة فى الإثبات : رأينا فى الأمثلة المتقدمة متى تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومتى تكون منتجة فى الإثبات . فالواقعة المتعلقة بالدعوى هى الواقعة البديلة التى يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصيلة قريب الاحتمال . والواقعة المنتجة فى الإثبات هى الواقعة البديلة التى يؤدى إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصيلة . ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة فى الإثبات مرتبة

---

(١) ومثل ذلك أيضاً — فى القضاء الإنجليزى — أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لآخر ، فيدعى هذا أن التاجر ورد له صنفاً رديئاً ، فيتقدم التاجر لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعة لهم يمتدحون بضاعته . فهذه واقعة متعلقة بالدعوى وإن لم تكن منتجة ، فيقبل إثباتها ، لأنها وإن لم تكن حاسمة إلا أنها تضيف إلى عناصر الإقناع عنصراً جديداً له فائدته ، وقد يؤدى إذا أضيف لعناصر أخرى إلى تكوين مجموعة من القرائن القضائية لصالحه (انظر فى هذا المثل الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات ص ٢٨٢ والأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٥٦) .

(٢) أما إذا أراد المستأجر تقديم الدليل على أنه وفى بديون أخرى غير أقساط الأجرة للمؤجر ، فهذه واقعة لا تتصل إطلاقاً بواقعة الوفاء بالأجرة ، فتكون لا هى منتجة فى الإثبات ولا هى متعلقة بالدعوى ، فلا يجوز قبول إثباتها .

(٣) ويقول الأستاذ عبد الباسط جميعى (ص ٥٧) إن لمحكمة الموضوع أن ترفض اعتبار الواقعة متعلقة بالدعوى ولو توافق الطرفان على أنها متعلقة . أما إذا توافق الطرفان على أنها غير متعلقة ، *فلا يسمح القاضى بإثباتها ، لا لأن توافق الطرفين يجعلها غير متعلقة بالدعوى ، بل لأن حياد القاضى يقتضيه ألا يقبل دليلا اتفق الخصمان على استبعاده* .

أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى . فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة منتجة فى الإثبات ، ولكن كل واقعة منتجة فى الإثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى . فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سبباً للملكية ، إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة منتجة فى الإثبات ، بل هى الواقعة الأصيلة ذاتها ، وهى بالضرورة متعلقة بالدعوى . أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة فى الإثبات .

وقد يقال لماذا يشترط فى الواقعة هذان الشرطان معاً ، وأحدهما — وهو الإنتاج — يستغرق الآخر ، فكان يكفى أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر . فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى . فهذا يكفى لقبول إثبات هذه الواقعة قبولا مبدئياً ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة فى الإثبات رفض القاضى استمرار السير فى إثبات الواقعة أو أضاف اليها وقائع أخرى تتساند معها . أما إذا أدمج الشرطان فى شرط واحد ، وكان لا بد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضى قبول إثبات الواقعة قبولا مبدئياً ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات (١) .

وكون الواقعة منتجة فى الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث قصور التسبيب . أما إذا بنى عدم الإنتاج فى الإثبات على أسباب قانونية ، كأن كانت الواقعة المراد إثباتها إنما تنسب إذا صحت إلى مالك البناء لا إلى حارسه والمسئول قانوناً هو الحارس لا المالك ، أصبح الأمر متعلقاً

---

(١) الأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٥٩ — ص ٦٠ ، ويأتى بأمثلة لذلك دعوى إثبات الحالة (م ١٨٨ مرافعات) ، والدعاوى التى ترفع بطلب انتقال المحكمة لمعاينة معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء إذا كان يخشى من زوال هذه المعالم (م ١٨٧ مرافعات) ، والدعاوى التى ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو يزمع سفراً قد لا يعود منه أو لا يعود قريباً (م ٢٢٢ مرافعات) ، ورفع الدعوى للاستيثاق لحق يخشى زوال دليله (م ٤ مرافعات) . ويقول أيضاً إن القاضى يغربل الوقائع غربلة أولى ليتخير منها ما هو متعلق بالدعوى فيجعله فى وعاء الإثبات ، *ثم يغربلها غربلة ثانية ليستبقى منها ما هو منتج فى الإثبات* .

بمسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٤٤ — الواقعة جائزة الاثبات قانونا : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً . والقانون قد لا يجيز إثبات واقعة تحقيقاً لأغراض مختلفة . ومن هذه الأغراض ما يمت إلى النظام العام والآداب ، كالمحافظة على سر المهنة (٢) وتحريم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف ونحو ذلك (٣) . وقد تمت هذه الأغراض إلى الصياغة الفنية ، كما هو الأمر فى الوقائع التى تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون . مثل ذلك حجية الأمر المقضى ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت فى حكم قضائى . ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشيء إثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسئوليته على خطأ فى جانبه مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس (٤) .

وكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ،

---

(١) انظر الأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٦١ هامش رقم ٢ والمراجع المشار إليها . وانظر فى أن الواقعة يجب أن تكون منتجة (relevant) فى القانون الانجليزى الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات ص ٢٦٤ — ص ٢٨٤ .

(٢) تشتمل المواد من ٢٠٦ إلى ٢٠٩ من تقنين المرافعات على سلسلة من القيود فى جواز الإدلاء بالشهادة . فتمنع المادة ٢٠٦ الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها . وتمنع المادتان ٢٠٧ و ٢٠٨ من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جناية أو جنحة ، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم . وتمنع المادة ٢٠٩ أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضائها ، إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر . ويلاحظ هنا أن الممنوع ليس هو إثبات الواقعة فى ذاتها ، بل إثبات الواقعة من طريق شهادة شاهد معين ، فعدم جواز القبول لا ينصب إذن على الواقعة بل ينصب على الدليل (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥ ص ٣٨)

(٣) ولكن يجوز لمن لا يريد ترتيب أثر قانونى على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأن هذا هو الذى يتفق مع النظام العام والآداب .

(٤) بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٧١ — وانظر فى جواز إثبات الواقعة قانوناً فى القانون الانجليزى الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات ص ٣٠٥ — ٣١٢ .

لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم فى القانون يمنع من هذا الإثبات . وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة فى الإثبات ، فقد رأينا أنها فى الأصل مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض [١] .

ثانياً — عبء الاثبات

٤٥ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٨٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه [٢] » .

---

(١) والفرق بين كون الواقعة غير منتجة فى الإثبات وكونها غير جائزة الإثبات أنها عند ما تكون غير منتجة فى الإثبات فان ذلك يرجع إلى شىء فى طبيعتها ، إذ الواقعة فى ذاتها لا تؤدى إلى إثبات المطلوب ، إما لسبب موضوعى كالحيازة لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب قانونى كالتعويض بسبب انهدام البناء يطلب من مالكه لا من حارسه . والواقعة عند ما تكون غير جائزة الإثبات فإن ذلك يرجع لا إلى شىء فى طبيعتها ، بل إلى عارض قانونى يمنع من جواز إثباتها ، ولو لم يقم هذا المانع أو لو زال لكانت الواقعة جائزة الإثبات .

ويحسن أيضاً أن نميز بين عدم جواز قبول الدعوى وعدم جواز قبول الواقعة وعدم جواز قبول الدليل . فالدعوى لا يجوز قبولها لأسباب معروفة ، كأن تكون مرفوعة من غير ذى صفة أو من غير ذى أهلية . فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه الواقعة غير جائزة الإثبات لسبب موضوعى أو لسبب قانونى على النحو الذى قدمناه . فإذا كانت الواقعة جائزة الإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلا كتابياً فتكون البينة أو القرائن دليلا غير مقبول (انظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٦٥ — ص ٦٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ٤٠٢ فى المشروع النهائى ، بعد أن ذكرت اللجنة أن المقصود بعبارة « إثبات الالتزام » هو إثبات مصدر الالتزام . ثم أقره مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ٤٠٢ ، فلجنة الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٩ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «وقد احتذى المشروع مثال *التقنينات اللاتينية* ، وأخذ *بنظام تقييد الإثبات* ، فبدأ *بتعيين من يكلف بإقامة* الدليل أو احتمال عبئه . وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى اتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات . وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التى تنهض لا لتوجيه التقييد فى عمومه فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية فى خصوصياتها ، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات . وترد الأحكام المتعلقة بهذا التعيين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلا فالأصل فى الإنسان براءة الذمة ، فعلى من يدعى التزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧٨/٢١٤ [1] — وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى لا شىء [2] ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٦٢ ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٧٦ [3] —

---

(١) كانت المادة ٢٧٨/٢١٤ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « على الدائن إثبات دينه ، وعلى المدين إثبات براءته من الدين » . وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين الجديد .

(٢) جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، فى سورية ، فى قانون واحد صدر فى ١٠ حزيران (يونية) ١٩٤٧ وسمى « قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية » . ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة ٣٨٩ من التقنين المدنى المصرى . ولكن الباب الأول منه تضمن قواعد كلية فى الإثبات ، من نحو ما نحن بصدده . فنصت المادة الأولى على أن « تقسم البينات إلى : ١ — الأدلة الكتابية ٢ — الشهادة ٣ — القرائن ٤ — الإقرار ٥ — اليمين ٦ — المعاينة والخبرة» . ونصت المادة الثانية على أن « ليس للقاضى أن يحكم بعلمه الشخصى » . ونصت المادة الثالثة على أنه « يجب أن تكون الوقائع التى يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الإثبات وجائزاً قبولها » .

(٣) نصوص التقنين المدنى العراقى : م ٤٤٤ — الأصل براءة الذمة . م ٤٤٥ — اليقين لايزول بالشك . م ٤٤٦ — يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته . م ٤٤٧ — ١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل فى الصفات العارضة العدم . ٢ - وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه . م ٤٤٨ — ١ - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ٢ - والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والعقودا للبنانى : وضعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية جميعا ، فى لبنان ، فى تقنين أصول المحاكمات المدنية (قانون المرافعات) ، ولم يتضمن هذا التقنين نصاً يقابل المادة ٣٨٩ من التقنين المدنى المصرى . غير أن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى تضمن هذا النص ، فقضت المادة ٣٧٦ من هذا التقنين بأن من يدعى أنه دائن يجب عليه إثبات حقه ، فإذا ما تم هذا الإثبات كان على من يدعى أن التزامه قد انقضى أن يثبت صدق مدعاه .

نصوص التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٧٦ — على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه (مطابقة للمادة ٣٨٩ من التقنين المدنى المصرى) .

ويتبين من النظر إلى هذه النصوص أن التقنينات المدنية للبلاد العربية فى هذه المسألة تكاد تكون واحدة . فنص التقنين المصرى يطابقه نص التقنين الليبى ويكاد يطابقه نص التقنين اللبنانى . أما التقنين العراقى فقد أورد نصوصاً متعددة أخذها عن المجلة ، وهى تتلخص فى أمرين : (١) أن البينة على من ادعى والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل . (٢) فالأصل هو براءة الذمة وبقاء ما كان على ما كان . وتطبيقاً لذلك يكون الأصل فى الصفات العارضة هو العدم ، ولايزول اليقين بالشك ، ويضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه = .

وفى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣١٥ [١] .

٤٦ — أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين : أول تنظيم لقواعد الإثبات يتصل بتعيين من من الخصمين يحمل عبء الإثبات ، أى من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر . وتعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه ، فى كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية العملية . فقد يكون الحق متراوحاً بينهما ، لا يستطيع أى منهما أن يثبته أو أن ينفيه ، فالقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه [٢] .

فيعنينا إذن أن نبين من يحمل عبء الإثبات . وهذه مسألة لها ناحيتان : ناحية المبدأ وناحية التطبيق .

ا — عبء الاثبات من ناحية المبدأ :

٤٧ — البينة على من ادعى واليمين على من أنكر : من المبادىء المقررة فى الفقه الإسلامى أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر [٣] . وفى

= وهذه المبادىء كلها تتفق مع المبادىء التى سنقررها فى القانون المصرى . فالذى سنقرره فى هذا الصدد يصلح إذن أن يكون مبادىء مقررة فى التقنينات العربية المختلفة التى قدمنا نصوصها .

(١) ننقل فى قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التقنين المدنى الفرنسى إذ يغلب أن تكون هى الأصل الذى أخذت منه نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد فى الإثبات . وهذا هو نص المادة ١٣١٥ من التقنين الفرنسى : «من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته . كذلك من يدعى التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التى أدت إلى انقضائه»

"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٥١ — استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٨ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٣ .

(٣) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى ». رواه البخارى ومسلم . وللبيهقى بإسناد صحيح : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٦) .

=

القانون المصرى وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها ، فالمدعى هو الذى يحمل فى الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائناً يدعى ثبوت الدائنية أو مديناً يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة ٣٨٩ .

ولـكن يبقى أن نحدد على وجه الدقة من هو المدعى .

هو أولا من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين . فهو مدع فى دعواه هذه ، وعليه عبء إثبات ما يدعيه . فلو أن شخصاً طالب آخر بمبلغ معين ، فعليه أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له ، بأن يثبت مصدر الدين ، تصرفاً قانونياً كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب . ولو طالب شخص آخر بملكية عين فى حيازة هذا الآخر ، فعلى المدعى أن يثبت سبب ملكيته لهذه العين ، تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كميراث أو شفعة .

= ويقول الأستاذان بيدان وپرو (جزء تاسع فقرة ١١٥٩ ص ٢٣١ هامش رقم ١) إن القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى ليست ، كما قد يتوهم ، من القواعد التى كانت مقررة فى كل العصور . فهى لم تظهر فى القانون الرومانى إلا منذ أخذ البريطور préteur يحمى مجرد الحيازة فيحمى الوضع الظاهر ، وعندئذ ألقى عبء الإثبات على من يدعى خلاف الظاهر . أما فى القانون الفرنسى القديم ، فقد كانت العادات القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، وإن كان ذلك يبدو غريباً ، وهذا بسبب الصبغة الجنائية للدعوى فى القديم ، مما نزل بوضع المدعى عليه دون وضع المدعى . بل إن هناك من الوثائق ، التى ترجع إلى ما قبل العصور الوسطى ، ما يثبت أن دعوى الاستحقاق التى يكلف فيها المدعى بإثبات ملكيته لم تكن ترفع ، وفقاً لهذه العادات القديمة ، إلا ضد الحائز بسوء نية أو الحائز ضد القانون ، مما يحمل على الظن بأن الحائز هو الذى كان عليه أن يثبت أن حيازته مشروعة . ولم تظهر القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى فى القانون الفرنسى القديم إلا تدرجاً فى العصور الوسطى ، تحت أثر إحياء القانون الرومانى وبفضل القانون الكنسى بوجه خاص (انظر فى ذلك رسالة تڤنيه Thévenet فى نظرية عبء الإثبات ليون سنة ١٩٢١ ص ١١ وما بعدها) . وينتهى الأستاذان بيدان وپرو إلى القول بأن من الخطأ حسبان القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى من القواعد التى تمليها البداهة وتقضى بها طبيعة الأشياء ، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر إلا بعد أن نظم القضاء تنظيماً خاصاً وإلا بعد أن برز المبدأ الذى يقضى بحماية الأوضاع الظاهرة .

ولعل ذلك يكشف عما للفقه الإسلامى من فضل التقدم ، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية فى عصر لم تكن فيه معروفة فى أوربا .

ولكن ليس من الضرورى أن يكون المدعى هو من يرفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً فى هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففى الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفى دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأنه ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك(١) .

فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعى فى الدعوى والمدعى عليه فى الدفع ، فكلاهما مدع فى دعواه(٢) . (actor incumbit probatio. Reus in exceptione actor est)

---

(١) ويأتى بودرى وبارد بمثل يبين فيه كيف يتناوب المدعى والمدعى عليه عبء الإثبات : يطالب المودع بالوديعة وعليه عبء إثباتها ، فيدفع المدعى عليه بأنها هلكت بقوة قاهرة وعليه عبء إثبات الهلاك ، فيدفع المدعى بأن هذا الهلاك غير مبرىء لذمة المدعى عليه لأنه كان معذراً (mis en demeure) وعلى المدعى إثبات الإعذار ، فيدفع المدعى عليه بأن ذمته قد برئت بالرغم من الإعذار لأن الوديعة كانت لابد تهلك بالقوة القاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمودع وعلى المدعى عليه هنا عبء الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٣) .

ويبين الفقيهان خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسى فى عقد التأمين على الحياة ، عندما تشترط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التأمين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة فقده لوعيه بأن كان مجنوناً . فالقضاء الفرنسى يلقى عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات انعدام الجنون كليهما على شركة التأمين (نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٩—٥—٢٩٥— استئناف ليون ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢—٢—٤٦ — استئناف باريس ١٦ يولية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣—٢—٢٣٣) . ويقول الفقيهان إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورثة المنتحر عبء إثبات جنون مورثهم . وقد اضطرت شركات التأمين لتتقى هذا القضاء، أن تشترط صراحة فى عقود التأمين تحميل عبء إثبات الجنون للورثة (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٤ —انظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء أول ص ١٠٥ —ص ١٠٩).

وهذا ما جرت به المادة ٧٥٦ من التقنين المصرى ، فقد نصت الفقرتان الأوليان منها على ما يأتى : « ١ — تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطى التأمين — ٢ — فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة» .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المنكر المعفى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً ، فلا يجيب عليها بغير الإنكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها ، فإنه يصير بذلك مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيع ادعاء من المشترى ، وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه ، =

٤٨ — البينة على من يدعي خلاف الأصل : ولكن هذه القاعدة تحول بساطتها دون مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل . فقد يقع أن المدعى ، حتى في الدعوى التي رفعها ، لا يكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصمه وفقاً لطبيعة وضع كل منهما . فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل لا يكلف — وهو المدعى في الدعوى — باثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق ، بل الجار — وهو المدعى عليه — هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل . ففي هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فان القول بأن المدعى هو الذي يحمل عبء الإثبات لا يستقيم في جميع الفروض ، فوجب إذن البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً[1] . وقد وضعت قاعدة في هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطبائع الأشياء . فقيل إن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف باثباته ، أما من يدعي خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات مايدعيه (Onus probandi incumbit ei qui dicit) . ذلك

= كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه . فإذا دفع المدين بأنه من صغار الزراع فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه ، كان عليه إثبات هذا الدفع . ذلك هو حكم القانون المدني ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه « لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان إلا خمسة أفدنة أو أقل . . . » قد أضافت أنه «ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا الحظر ، بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر ، وإلا سقط حقه فيه» . وتمسكه بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجبه ، أي إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من خمسة أفدنة وأنه كان كذلك وقت نشوء الدين . فإذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم جواز الحجز بناء على أن الدائن — مع عدم إنكاره أن المدين يملك أقل من خمسة أفدنة — لم يقدم مايثبت أن المدين كان ، وقت نشوء الدين ، يملك أكثر من ذلك القدر ، فإنها تكون قد خالفت قواعد الإثبات (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠ ص ٣٩) .

(١) وقد أريد لهذا السبب توسيع دائرة مفهوم لفظ «المدعى» . فقيل المدعى هو من يروم إثبات أمر خفي يريد إزالة أمر جلي . وقيل المدعى من إذا ترك ترك ، أي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه (الأستاذ نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٠) .

ن من يتمسك بالثابت أصلا ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية لواقع والعدالة ، إلا إنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عناء أى إثبات (١) . وهذا هو الشق الأول من القاعدة . أما من يدعى خلاف الأصل فهو يستحدث جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون . وهذا هو الشق الثانى (٢) .

٤٩ — **فى نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة** : وفى نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام . فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه . ومن يدعى خلاف الأصل ، بأن يدعى ديناً فى ذمة الغير قبله ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين (٣) . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض . ومن طالب آخر بثمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذى يطالب شريكه بنصيبه فى الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التى لحقتها (٤) .

---

(١) وهنا نرى الفقه الإسلامى أيضا يستجيب لهذا المبدأ . فن قواعده المقررة أن الأصل براءة الذمة ، وأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وأن الأصل فى الصفات العارضة العدم ، وأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، وأن المنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل . وقد رأينا أن هذه نصوص نقلها التقنين المدنى العراقى عن المجلة .

(٢) ماركاديه ٥ م ١٣١٥ فقرة ١ — لارومبيير ٥ م ١٣١٥ ص ١٦ — ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٧ — لوران ١٩ فقرة ٩١ — هيك ٨ فقرة ٢١٨ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢١ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أدعى شخص أن آخر شاركه فى استئجار أطيان وأن الإجارة انتهت بالخسارة ، فأنكر المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشىء ، فأحالت المحكمة القضية إلى التحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة ، ثم مع ثبوت الاشتراك رفضت الدعوى لعجز المدعى عن إثبات الخسارة فيها ، فهذا الحكم لا يقبل الطعن فيه بدعوى مخالفة المحكمة فيه لقواعد الإثبات إذ اعتبرت المدعى مع تسليم خصمه بالخسارة مكلفاً بإثباتها ، وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوى فيه عدم تسليمه بالخسارة (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٥١) . ملاحظة : كان من الممكن استنباط قرينة على حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه للشركة ثم ثبوتها رغم هذا الإنكار ، ولكن الظاهر أن المحكمة لم تعتبر هذه القرينة كافية ، ولم يستطع المدعى من جهته تكملتها بأدلة أخرى .

ويتفرع على ذلك مواقف عدة يختار القانون فيها وضعاً يعتبره هو الأصل ، فمن تمسك به لا يكلف باثبات شيء ، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات . مثل ذلك الأهلية ، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (م ١٠٩ مدنى) (١) . ومثل ذلك أيضاً عيوب العقد ، فالأصل أن يكون العقد سليما من العيوب ، ومن يدعى أن بالعقد عيباً عليه إثباته . ومثل ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للابطال ، فالأصل عدم إجازة العقد ، ومن يدعى أنه أجيز عليه أن يثبت هذه الاجازة (٢) .

٥٠ — وفى نطاق الحقوق العينية الاصل هو الظاهر : وفى نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر . فالحائز للعين لا يطالب باثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك . والخارج الذى يدعى ملكية العين هو الذى يدعى خلاف ذلك ، فعليه هو يقع عبء الاثبات (٣) . ومن ثم كان الحائز هو المدعى

---

(١) وكالأهلية الصفة ، إذا كان قيامها واضحاً فأنها تفترض . أما إذا كانت الصفة قد وضح انعدامها ، فلا يفترض وجودها ، ومن له مصلحة فى قيامها عليه عبء إثباتها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل أحد الشركاء فى إجارة من وزارة الأوقاف على مخالصة من مأمور الأوقاف قرر فيها أنه دفع جميع المطلوب منه فى الدعوى التى رفعت عليه ، ولذلك فقد أخلاه من الحراسة والحجز والدعوى والضمان ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبرئة له من التضامن مع شركائه فى عقد الإيجار فى وفاء الباقى من أجرة الأطيان المؤجرة إليهم جميعاً متضامنين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أنه — لكى يكون للمخالصة هذا الأثر — يجب أن يقيم الصادرة له المخالصة — باعتبار أنه هو المتمسك بها — الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل عن حق الوقف فى استيفاء أجرة كل الأطيان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٩ ص ٧٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات إجازة عقد قابل للابطال انما يقع على عاتق مدعى الاجازة . وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده وهو قاصر ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تثبت الملكية للمدعين بالسند الذى أسسوا عليه دعواهم ، فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعيهم — وهم مدعى عليهم فى الدعوى — عن =

عليه دائماً فى دعوى الملكية (١) . وذلك مالم يتبين من مستندات المدعى أن الظاهر يؤيد دعواه وينفى دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه (٢) .

= إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلا قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً بإثبات دعواهم (نقض مدنى ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم٢٦٦ ص ٧٢٣ — وانظر أيضاً ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ — ١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٦ ص ٥٣٨) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الواضع اليد على العين مقراً بتبعيتها للوقف ، فلا شأن لمدعى ملكيتها فى مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد على الوقف . وعلى هذا المدعى وحده تقديم الدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف قديماً يرجع إلى ما قبل صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى ٢٧ من مايو سنة ١٨٩٧ التى أوجبت لأول مرة إجراء الإشهاد عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية التى لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٣ ص ٣١٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعيين . فمتى كان الحكم ، إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين للأطيان موضوع النزاع ، قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأشياء إلى المدعيين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنهما ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى وأخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين ، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣٤١) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق بناء على طلب الطرفين ليبين كل منهما ما يدعيه من تملكه الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة ، وبعد أن انتهت المحكمة من سماع شهود الطرفين رجحت أقوال شهود المدعى على شهود المدعى عليهم ، فليس فيما أجرته مخالفة لقواعد الإثبات (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٧ ص ٤٧٨) . وقضت أخيراً بأنه بحسب المحكمة إذ هى قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند فى ذلك إلى عجزهم عن إثبات سبب ملكيتهم دون أن تكون فى حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التى لم تكن إلا مدعى عليها فى الدعوى (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٦ ص ٥٦٠). أنظر أيضاً استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩[illegible] م ١٨ ص ٤١ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢١ .

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٩ — لوران ١٩ فقرة ٩١ — بودرى وبارد ٤ ص ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب باثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلا أن له حق ارتفاق[1] أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام الحق الذى يدعيه ، ولو كان مدعى عليه فى الدعوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر[2] .

٥١ — والثابت فرضاً كالثابت أصلا وكالثابت ظاهراً : وقد يحل محل الأصل فى نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر فى نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها . فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلا وكالثابت ظاهراً .

مثل ذلك أن يرفع المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصاب المدعى بالضرر . وقد كان القياس يقتضى أن يثبت المدعى ، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، تقصيراً من المكلف بالرقابة فى تأدية واجبه . ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده (م ١٧٣ فقرة ٣ مدنى) . فلا يكلف المدعى إثبات التقصير ، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية. وكذلك الحال فى مسئولية حارس الحيوان عن الحيوان، وفى مسئولية حارس البناء عن تهدم البناء، وفى مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، كل هؤلاء فرض القانون فى جانبهم التقصير ، فمدعى التعويض لا يكلف باثبات تقصيرهم ، بل لا يسمح لهم القانون أن يثبتوا أنهم قاموا بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٠ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر العقارات بالتخصيص وفقا لنص المادة ٦٨٨ مختلط داخلة ضمن الملحقات المشار إليها فى المادة المذكورة ، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٢ ص ٤٢٠) .

(المواد ١٧٦و١٧٧ فقرة أولى و١٧٨ من التقنين المدنى) . والمدعى بدين لايكلف إثبات سببه المشروع ، لأن القانون فرض أن يكون لكل دين سبب مشروع ، وينتقل هنا عبء الإثبات إلى المدين فعليه أن يثبت هو أن الدين سببه غير مشروع (م ١٣٧ فقرة ١ مدنى) . كذلك يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى ، حتى يقيم المدين الدليل على ما يخالف ذلك (م ١٣٧ فقرة ٢ مدنى) . والتأشير على سند بمـا يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على الوفاء ، فينتقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن ، وعلى هذا أن يثبت أن المدين لم يقم بوفاء الدين (م ٣٩٩ مدنى) .

وفى نطاق الحقوق العينية ، إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه ، فالمدعى الذى يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هى حقوق ارتفاق لا مجرد التزامات شخصية لايكلف باثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق ، فاذا أراد المالك أن ينفى أنها حقوق ارتفاق وأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء هذا الإثبات (م ١٠١٨ فقرة ١ مدنى) .

ومن هذه الأمثلة نرى أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس إنما تنقل عبء الإثبات ممن يتمسك بها إلى خصمه ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فانها تعفى من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات [1] .

---

(١) يلاحظ الفقـه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتعفى من الإثبات إعفاء نهائياً إذا كانت لا تقبل إثبات العكس ، هو قول تعوزه الدقة . ذلك أن القرينة القانونية سواء كانت قابلة لإثبات العكس أو غير قابلة ، تقتضى ممن يتمسك بها إثبات وقائع معينة هى التى عينها القانون لقيام القرينة . فكأن القرينة القانونية لم تعف من الإثبات أو تنقل عبئه ، وإنما هى نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر (déplacement de preuve) ، فبدلا من أن يثبت المدعى الواقعة المراد إثباتها يثبت واقعة أخرى متصلة بها ، وإثبات هذه الواقعة الأخرى يعتبره القانون إثباتا للواقعة الأولى . فالقانون إذن ، كما تقدم القول ، لم يعف من الإثبات أو ينقل عبئه ، وإنما أبدل فى الإثبات واقعة بأخرى ، ولا يزال من يحمل عبء الإثبات ملزماً بإثبات هذه الواقعة الأخرى ، لم يعف من إثباتها ولم ينتقل عبء إثباتها من عاتقه إلى عاتق خصمه (انظر فى هذا المعنى بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٦٥ وفقرة ١٢٩١) .

=

٥٢ — كذلك تكون البينة على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا :
ومن يتمسك بما هو ثابت أصلا أو ظاهراً أو فرضاً يمكن أن نقول إنه يتمسك بما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا ، بل من يدعى خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذى يحمل عبء الاثبات . كذلك الحال فيمن يتمسك بما هو ثابت فعلا(٥) ، لا يكلف هو أيضاً بالاثبات ، وإنما يحمل عبء الاثبات من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا . والثابت فعلا هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية ، حقيقة أو ضمناً .

مثل ذلك دائن يرفع دعوى الدين على مدينه ، فيدعى خلاف الأصل وهو براءة الذمة كما قدمنا ، فعليه إذن عبء إثبات الدين . فاذا ما أثبته حقيقة بسند مكتوب مثلا ، فلا يجوز للمدين أن يدعى وفاء الدين ، أى خلاف ما هو ثابت حقيقة ، إلا إذا حمل عبء إثبات ما يدعيه .

ولو أن المدين فى المثل الذى قدمناه لم يكلف المدعى باثبات الدين حقيقة ، بل دفع الدعوى بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمنى منه بالدين ، فيكون الدين ثابتاً ضمناً . وعلى المدين إذن عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعى خلاف ما هو ثابت ضمناً .

= وهذا النظر الجديد ، وإن كان صحيحاً فى ذاته ، لا يؤدى إلى هدم النظر القديم . ففى القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول هو المكلف بالرقابة مثلا — انتقل عبء الإثبات فعلا من عاتقه إلى عاتق المكلف بالرقابة ، فيصبح هذا مكلفاً أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة . وفى القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات أيضا من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلا — أعفى فعلا إعفاء نهائياً من إثبات الواقعة الأصيلة ، وهى وقوع خطأ من هذا المسئول . ولا يقال أن هذا الإعفاء النهائى لا جدوى فيه للمدعى ما دام يبقى مكلفا بإثبات الواقعة البديلة ، فإن الإعفاء فى هذه الحالة له فوائد لا يستهان بها ، ذلك أن إثبات الواقعة البديلة يكون عادة أيسر بكثير من إثبات الواقعة الأصيلة ، فيكون المدعى فى النهاية قد تخفف كثيراً من مؤونة الإثبات . على أننا سنرى عند الكلام فى القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هى أنها قواعد موضوعية لا قواعد للإثبات .

(١) وقد آثرنا أن نستعمل هذا اللفظ « فعلا » بدلا من اللفظ « عرضاً » الذى استعملناه فى الموجز (انظر ص ٦٥٣) واستعمله الفقه المصرى معنا ثم استعملته محكمة النقض (٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) ، لأن اللفظ الأول أدل على المعنى المقصود .

ومن ثم نرى أن البينة تكون على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا ، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمناً .

٥٣ — *استخلاص مبدأ عام فيمن يحمل عبء الاثبات* : ونستطيع بعد ما قدمناه أن نضع المبدأ الآتى : كل من يتمسك بالثابت حكماً — أصلا أو ظاهراً أو فرضاً — أو بالثابت فعلا — حقيقة أو ضمنا — لا يقع عليه عبء الإثبات . وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثابت حكماً أو فعلا ، لأنه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت ، فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه[1] . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

ب — عبء الاثبات من ناحية التطبيق :

٥٤ — *كيف يقوم بالاثبات عملا من يحمل عبئه* : متى تعين أى الخصمين يحمل عبء الاثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذى قدمناه ، كان هذا الخصم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل خلوص الذمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان لإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلا أو عرضاً (وفى اللغة التى اخترناها : حكماً أو فعلا) مدعياً كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقيق الحسابات التى قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لاتعدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بها ذمته والمبالغ التى صرفها فى شؤونه فبرئت منها ذمة الوكيل . فهى لا تخضع ولابد لقاعدة الإثبات العامة السابق ذكرها ، فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه . فإن فعلوا ، تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شؤون الموكل أو مصيره إليه . فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها . فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذى آخذ مورثهم بعجزهم هم عن إثبات براءة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التى قيدها بها ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) .

هو المكلف باقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه . فاذا ادعى شخص أنه أقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ولكن هل معنى ذلك أن يثبت أيضاً أن عقد القرض خال من جميع أسباب البطلان ، وهذه ترجع إلى التراضي والمحل والسبب وإلى الأهلية وعيوب الارادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن العقد بعد أن انعقد صحيحاً لم ينقض الدين الذى نشأ عنه بأى سبب من الأسباب كالوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء ونحو ذلك ، ثم بعد أن يثبت أن الدين لم ينقض يثبت أيضاً أنه لم يلحقه أى تعديل ، وهكذا ! .

من الواضح أن عبء الاثبات ، إذا فسر على هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضى الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التى قدمناها . فما هو ثابت حكماً أو فعلا لا يكلف باثباته ، وإذا ادعى خصمه خلاف ما هو ثابت حكماً أو فعلا حمل هو عبء الاثبات . ويترتب على ذلك أن القرض متى أثبته الدائن ، كان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان ، فاذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا . ثم متى ثبت عقد القرض ، أصبح ثابتاً فعلا ، فاذا ادعى المدين خلاف ذلك ، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه قد لحقه أى تعديل ، فعليه هو عبء الاثبات كما تقدم القول (١).

ونرى من ذلك أن عبء الاثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المتقدم (٢) . وقد يقع هذا التوزيع بحكم

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٠ ص ٨٤٥ – ص ٨٤٩ .

(٢) ويضع الأستاذ ديموج مبدأين أساسيين فى حمل عبء الإثبات . أولهما أن من يحمل هذا العبء لا يلتزم بإثبات جميع الشروط الواجب توافرها لوجود الحق الذى يدعيه ، بل يكفى أن يثبت من الشروط ما يجعل وجود هذا الحق مرجحا (vraisemblable) . فليس عليه أن يثبت أن حقه قد خلا من التدليس ومن الإكراه ، لأن هذه الوقائع استثنائية ومن يدعى غير الراجح يحمل عبء مايدعيه ، ذلك أنه ادعى شيئاً بعيد الوقوع ، ولكنه مع ذلك قد يقع ، فعليه هو أن يثبت وقوعه . والمبدأ الثانى فى عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمله فى كل حالة بالذات الخصم الذى يستطيع أن يضطلع به فى أقل مشقة (le moins d'inconvénient) ، أى فى أقصر وقت وبأقل المضايقات وبأيسر النفقة (le moins de délais, de vexations, de frais…). ثم =

الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضى عبء الاثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر ، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين .

٥٥ — ***توزيع عبء الاثبات بحكم الواقع*** : فمثل أن يقع التوزيع بحكم الواقع عن طريق قرائن قضائية ما يأتى :

(١) شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده ، فيثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد وهو صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور فى العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية . فينقل القاضى عبء الإثبات إلى الأب ، ليثبت مصدراً معيناً دفع منه الولد الثمن ، أو أن حقيقة العقد هبة فى صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

(٢) شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها . فعلى المدعى أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقاً للأوضاع المقررة فى القانون . وعند ذلك ينقل القاضى عبء الاثبات إلى المدعى عليه ليثبت ، إذا استطاع ، أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذى يستحق الحماية .

(٣) أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة فى القانون . فاذا أثبت ذلك نقل القاضى عب الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى

=يذهب ديموج إلى وجوب عدم المبالغة فى تقدير أهمية عبء الإثبات. ذلك أن الخصوم لا بد لهم من أن يتوزعوه فيما بينهم . فهم يتعاونون على الاضطلاع بهذا العبء ، ولكنه تعاون الأعداء ، كما يتعاون رب العمل مع نقابة العمال، وذلك التعاون كهذا يغلب فيه أن يكون ضرورياً ومنتجاً. والتعاون ليس مقصوراً فحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل إن الخصوم يتعاونون أيضاً مع القاضى فى ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضى أن يقضى بعلمه ، فإن ذلك يحرمه من تعاون الخصوم معه (ديموج فى الأفكار الرئيسية للقانون الخاص الفصل السابع ص ٥٤٢ — ص ٥٦٥).

التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني كما قضت بذلك محكمة النقض (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦).

(٤) شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذى يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريبته. فتقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل. وعند ذلك ينقل القاضى عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه القرينة القانونية، بأن يثبت مثلا أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصى بل لحساب المالك الذى يدير هو أعماله. وهكذا ينقل القاضى عبء الاثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقى عبء الإثبات على خصمه.

(٥) موظف فصل من وظيفته، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً. ولما كان هو الذى يحمل عبء إثبات التعسف، فانه يستطيع فى هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته ولخلقه. فاذا أمكنه من هذا الطريق أن يثبت ألا غبار عليه من ناحية الكفاية ومن الناحية الخلقية، نقل القاضى عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هى بدورها لأى سبب بالذات قد فصلته. فان ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله، نقل عبء الإثبات إلى المدعى، ليثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفى بفرض صحته لنفى التعسف. وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن أن يرد عبء الإثبات إلى صاحبه، فيكون هو المحكوم عليه فى الدعوى.

٥٦ — **توزيع عبء الاثبات بحكم القانون**: ومثل أن يقع التوزيع بحكم القانون عن طريق قرائن قانونية ما يأتى:

(١) يريد الدائن إثبات إعسار المدين. هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية. فقد نصت المادة ٢٣٩ من التقنين المدنى على أنه «إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها». فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما فى

ذمة المدين من ديون . وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ويكون عليه أن يثبت أن له مالا يفى بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التى يستطيع الدائن إثباتها فى ذمة المدين يثقل عبء المدين فى إثبات أن ماله يفى بديونه . فان عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

(٢) يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، أى أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التى حددها القانون لتمام التقادم . هنا أيضاً يتكفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصمين . فقد نصت المادة ٩٧١ من التقنين المدنى على أنه « إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت فى وقت معين وأنها قائمة حالا . وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة فى المدة ما بين الزمنين . وينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت فى هذه المدة .

(٣) إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، برئت ذمة المؤمن (شركة التأمين) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . ومع ذلك لا تبرأ ذمة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتحر . فاذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحراً فبرئت ذمتها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد ، فان القانون هنا أيضاً يوزع عبء الإثبات على كل من شركة التأمين والمستفيد . فقد نصت الفقرتان الأوليان من المادة ٧٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى : «(١) تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطى التأمين . (٢) فاذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة » . فشركة التأمين تحمل إذن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر . وعندئذ يفرض القانون فرضاً قابلا لإثبات العكس أن الانتحار كان بإرادة المنتحر ، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره . فينتقل عبء

الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المنتحر كان وقت انتحاره فاقد الإرادة[1] .

(٤) عقد أبرم بطريق المراسلة . ولكن الموجب ادعى أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد . فعلى الخصم الآخر أن يثبت أن العقد قد تم إبرامه — أى أن الموجب قد علم بالقبول — قبل هذا العدول . ويوزع القانون عبء الإثبات بين الخصمين ، إذ تنص المادة ٩١ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . فعلى الخصم الآخر الذى قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب فى وقت سابق على الوقت الذى علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه . وعند ذلك يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه . فينتقل عبء الإثبات إلى الموجب . وعليه أن يثبت أنه بالرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب ، إلا أنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول .

(٥) باع شخص مالا يملكه . وبعد موته نازع ورثة البائع المشترى فى أن الثمن المذكور فى عقد البيع صورى ، وأن البيع قد صدر فى مرض الموت فيكون وصية ، ومن ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة والمشترى . فقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٩١٦ على ما يأتى : « ٢ — وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ — وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » . فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر فى مرض الموت . ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع وأن ثمناً ما لم يدفع . وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشترى . وعليه أن يثبت أنه دفع للبائع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز

---

(١) انظر ما قدمناه فى هذه المسألة فقرة ٤٧ فى الحاشية .

ثلث التركة ، وإلا فان البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة ، لا يسرى فى حق الورثة (م ٤٧٧ مدنى) .

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست فى الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين ، يتكفل به القانون .

ونرى كذلك مما سبق بيانه أن من يحمل عبء الاثبات ليس مطالباً فى الواقع من الأمر باثبات كامل قاطع . ولا هو يكلف — على عكس ما ذهب إليه الأستاذان أوبرى ورو[1] — باثبات كل عنصر من العناصر التى تتكون

---

(١) يذهب أوبرى ورو إلى أن الخصم الذى يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق (droit) الذى يتمسك به أو الفائدة القانونية (bénéfice légal) التى يدعيها . ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد . فلا يلتزم الخصم باثبات انعدام الأسباب أو الظروف التى كان وجودها يمنع من كسب الحق (obstacle à l'acquisition du droit) أو يؤدى إلى سقوط الفائدة القانونية (déchéance du bénéfice légal) . ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه (n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire) (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٨٤ و ص ٨٦ — ص ٩٠) .

ويعترض بارتان (ص ٨٤ حاشية رقم ١٩ مكرر) على التمييز ما بين الواقعة التى أنشأت الحق ، ويلقى على المدعى عبء إثباتها ، والواقعة التى تكون قد منعت من نشوء الحق أو تكون قد عدلته أو قيدت منه ، ويحمل المدعى عليه فيها عبء الإثبات . ويقول إن هذا التمييز لا مبرر له ، وإذا كنا نزمع أن نطلب من المدعى إثباتاً كاملا فينبغى أن يثبت جميع الوقائع دون تمييز . ولكن الواقع من الأمر أننا لا نطالب المدعى بإثبات كامل حتى بالنسبة إلى الواقعة التى أنشأت الحق . فإن صاحب الاختراع مثلا يجب عليه أن يثبت صدور براءة له بالاختراع وأنه سجل هذه البراءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت أن الاختراع ليس بجديد مع أن جدة الاختراع هى من العناصر المكونة للواقعة مصدر حق المخترع ومع ذلك يقع عبء إثباتها على المدعى عليه لا على المخترع .

ثم فى حاشية ثانية (رقم ١٩ مكرر خامساً quinquies) يعترض بارتان على ما جعل أوبرى ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، ويستعرض فى هذا الصدد فروضاً مختلفة يخلص منها إلى أن عبء الإثبات فيها إنما يقع على المدعى لا على المدعى عليه ، وينتهى بالعبارة الآتية : « وبعبارة موجزة ، أياً كان التعريف الذى نقف عنده لما يدعوه أوبرى ورو المانع من نشوء الحق ، يقابل به انعدام الشروط الضرورية لوجود الحق ، فإن القاعدة التى تلقى عبء إثبات هذا المانع على عاتق المدعى عليه تبدو لنا — وهذا أقل ما يمكن أن أقول — قاعدة مشكوكاً فيها غير متماسكة » .

منها الواقعة مصدر الحق المدعى به . وليست الحقيقة القضائية التى يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التى لايداخلها الشك . فالقانون لايطلب المستحيل . وإنما يكتفى ممن يحمل عبء الاثبات أن يقنع القاضى بأن الأمر الذى يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلا ، وينفى القاضى ما بقى من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الاثبات إلى الخصم الآخر ، ليثبت أنه ، بالرغم من الظواهر التى ترجح وقوع الأمر ، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً . ثم يرد عبء الاثبات إلى الخصم الأول ، ليهدم هذه القرائن

= ثم فى حاشية ثالثة (رقم ١٩ مكرر سادساً sexies) يتناول بارتان الاستثناء الثانى — سقوط الفائدة القانونية المدعاة (déchéance du bénéfice légal invoqué) — فيقول بعد استعراض فروض مختلفة فى أحوال سقوط الحق إن عبء الإثبات فى هذه الفروض يقع على المدعى لا على المدعى عليه خلافاً لما ذهب إليه أوبرى ورو .

ثم فى حاشية رابعة (رقم ١٩ مكرر سابعاً séptíes) يتناول بارتان الاستثناء الثالث والأخير — تعديل الحق المتمسك به أو تقييده لمصلحة الخصم (modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoqué) — فيقول لو أن دائناً أبرأ ذمة مدينه لإعسار طارىء محتفظاً بالحالة التى يعود فيها المدين إلى اليسار ، ثم طالب المدين بعد يساره ، فإن على الدائن أن يثبت أنه استبقى الصفة المدنية لحقه ، وليس على المدين أن يثبت أن الدين قد تحول بإبراء الذمة إلى التزام طبيعى ولو كان الإبراء مقروناً بتحفظ .

ثم ينتهى بارتان (فى الحاشية رقم ٢٠ مكرر) إلى عرض ما يقترحه هو بديلا مما ذهب إليه أوبرى ورو ، فيقول : إن توزيع عبء الإثبات لا يكون على نمط واحد ، بل يختلف تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية ، كوقوع حادث ، أو إثبات حالة نفسية ، كالنية أو كالعلم بالغلط . ويختلف كذلك تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية محضة ، كتسليم الطرد لأمين النقل ليستخلص من هذه الواقعة واقعة مادية أخرى لايمكن إثباتها بطريق مباشر كتلف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة السببية بين واقعتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تنشىء التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسعاف والمساعدة أو إنقاصاً لالتزامات مرهقة أو تفسيراً فرضه القانون أو ارتضاه الطرفان باختيارهما لعملية قانونية ...... ويحسن أن نحلل ما صدر من أحكام القضاء فى هذه المشاكل تحليلا وصفياً . وسيؤدى هذا التحليل دون شك ، إذا تعمقنا فيه إلى المدى الممكن تصوره ، إلى تحديد ما أسميه «أسراً طبيعية من الخصومات» (familles naturelles des litiges) . فإذا عرض للمشتغل بالقانون مسألة جديدة غير متوقعة فى توزيع عبء الإثبات ، أمكنه أن يجد من بين هذه « الأسر الطبيعية » ما يصلح لمقارنة الجديد به ، بل ما يصلح أن يعتبر سابقة قضائية حقيقية لشدة المشابهة ، فيقيس الجديد عليه ، ويصل من هذا القياس إلى الحل المنشود . (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧٧) .

بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة(١) .

فلا نبالغ إذن فى القول بفداحة عبء الاثبات . فان الخصم يتخفف من هذا العبء بأمرين : (أولا) بتحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها ، فيقوم كل منهما بنصيبه فى هذا العبء . (ثانياً) بعدم مطالبة الخصم — فى العناصر التى يكلف باثباتها — باثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة . بل يكفى أن يثبت رجحانها . وهذا هو شأن الحقيقة القضائية ، لايقدر لها أن تصل إلى مرتبة الاطلاق(٢) .

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى ما يأتى : « ويتبين من ذلك أن مهمة كل خصم فى الدعوى هو أن ينقل عبء الإثبات إلى خصمه . فإن عجز الخصم عن الإثبات خسر دعواه . وإن استطاع هو الآخر نقل عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، وعجز الخصم الأول عن الإثبات خسر هذا الخصم دعواه ، إلا إذا استطاع نقل عبء الإثبات إلى الخصم مرة ثانية ، وهكذا . وعبء الإثبات يقع دائماً على من يدعى شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلا أو عرضاً أو ظاهراً أو بفضل قرينة قانونية . ونرى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إلا حقائق نسبية ، شأن سائر الحقائق » (الموجز ص ٦٥١) .

(٢) فى رسالة حديثة (موتيلسكى Motulsky فى نظرية العناصر المكونة للحقوق — باريس سنة ١٩٤٨) ، اتخذ المؤلف هذه العناصر أساساً لرأى ذهب إليه فى مسألة عبء الإثبات .

فهو يميز بين مرحلتين : عبء الادعاء (charge de l'allégation) وعبء الاثبات (charge de preuve) .

ا — فعبء الادعاء ينحصر فى أن المدعى يجب أن يضمن ادعاءه جميع العناصر التى تكون الحق المدعى به . وهذا مايسميه المؤلف بالعناصر المكونة للحق(éléments générateurs du droit) . فإن أغفل شيئاً من هذه العناصر ، رفضت دعواه . ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة « عبء الادعاء » ، فالمدعى يحمل عبء ادعاء جميع العناصر المكونة للحق الذى يدعيه ، وإلا خسر دعواه ، وذلك حتى قبل الانتقال إلى مرحلة عبء الإثبات ، بل وحتى لو حضر وحده فى غيبة خصمه ، ولم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه ، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب — ولكن التطبيق الحرفى لهذه القاعدة قد يفضى إلى الاستحالة . فلو أن البائع طالب المشترى بثمن المبيع ، لوجب عليه ، طبقاً لحرفية هذه القاعدة ، أن يضمن ادعاءه وقوع التراضى على المبيع والثمن ، وأهلية المتعاقدين ، وخلو التراضى من العيوب ، وتوافر شروط المبيع ، ووجود سبب مشروع الخ .. فلا بد إذن من أن يتخفف من يحمل « عبء الادعاء » من بعض هذه العناصر ، عن طريق مايسميه المؤلف بنظرية الإعفاء (la théorie des dispenses) . والإعفاءات التى ترد على «عبء =

٥٧ — تعيين من يقع عليه عبء الاثبات بحكم الاتفاق (التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الاثبات) : وغنى عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم . فمن الجائز إذن ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، عند ما يضع القانون

= الإدعاء » نوعان : إعفاءات عقلية (dispenses rationnelles) وإعفاءات قانونية (dispenses légales) . فهناك شروط لا بد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلا وبداهة (sentiment d'évidence) افتراض وجودها إلى أن يقوم في شأنها نزاع . من ذلك الشروط العامة الواجب توافرها في كل دعوى وفي كل حق وفي كل التزام وفي كل عقد . هذه تدخل تحت « الإعفاءات العقلية » ، فيعفى المدعى من تضمين إدعائه لها إلى أن ينازع فيها المدعى عليه . أما الشروط التي تميز الحق المدعى به وتخصصه فهذه يجب أن يتضمنها الادعاء . ويدخل أيضاً تحت « الإعفاءات العقلية » المفهومات المركبة (notions complexes) كمفهوم البيع ومفهوم الزواج ، فتبقى على ما هي عليه من تركيب ، إلى أن يقع في شأنها نزاع ، فعند ذلك يجب تحليلها (décomposition) إلى العناصر التي تتركب منها . « والإعفاءات القانونية » قد ينص عليها القانون صراحة ، كما فعل في النص على افتراض حسن النية ، فيعفى المدعى من إثبات هذا العنصر . على أن أكثر « الإعفاءات القانونية » لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثنايا النصوص (elle doit être décélée par l'exégèse) ، فحيث يعمد القانون ، لا إلى تنظيم عنصر من عناصر الحق ، بل إلى تنظيم الوضع المخالف له ، يكون على المدعى عليه عبء إثبات هذا الوضع المخالف ، وذلك كما فعل القانون في تنظيم عدم الأهلية والبطلان وانقطاع التقادم ووقفه والشرط والأجل والتعسف في استعمال الحق والوصية . ويخلص المؤلف من ذلك إلى وضع القاعدة الآتية في « عبء الادعاء » : « على الخصم الذى يطالب بحق أن يضمن ادعاءه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقلي أو قانوني » .

هذا هو « عبء الإدعاء » من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعى إما أن ينوء بعبئه ، فلا يضمن ادعاءه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر اللازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقوم بعبئه ، فيضمن ادعاءه العناصر اللازمة . عند ذلك يأتي دور المدعى عليه . وهذا إما أن ينازع في الوقائع المدعاة ، فعليه عبء المنازعة (charge de contestation) ، أي عليه أن ينازع منازعة جدية في أحد العناصر المدعاة ، وإلا كسب المدعى دعواه دون أن ينتقل إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقر بالحق المدعى به ولكن يدعي أن هذا الحق قد انقضى أو لحقه تعديل ، فعليه في هذه الدعوى المقابلة (contre-action) عبء الادعاء المقابل ، وعليه أن يضمن ادعاءه جميع العناصر المطلوبة ، وعلى المدعى أن يقف من هذا الادعاء المقابل موقف المنازع أو موقف من يدعى ادعاء مقابلا آخر ، وهكذا . وينتهي القاضي إلى تصفية « نقط النزاع » (faits litigieux) . وهذه هي الوقائع المنتجة في الدعوى والتي بقيت محلا للنزاع بين الخصمين . وعند ذلك ينتقل القاضي إلى مرحلة الإثبات .

=

قرينة قانونيـة تنقل عبء الاثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الاثبات إلى من كان ينتفع بها ، فينزل بذلك عن الحماية التى منحها له القانون ، ويكون فى هذا تعديل اتفاقى لقواعد عبء الاثبات ، وهو صحيح قانوناً .

ونأتى بأمثلة لذلك : (١) الأصل فى الضرر الذى يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المسئول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى (م ١٧٦ مدنى) . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الاثبات إلى

= ب — وعبء الإثبات يقتصر على «نقط النزاع» بعد حصرها على الوجه المتقدم . فهناك «نقط نزاع» تخلفت عن تصفية ادعاء المدعى فيحمل المدعى عبء إثباتها . وهناك « نقط نزاع » أخرى تخلفت عن تصفية ادعاء المدعى عليه فيقع عبء إثباتها على المدعى عليه . وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصمين ، كل يحمل نصيبه منه . وتتناول نظرية الإعفاء عبء الإثبات كما تناولت عبء الادعاء . غير أن الإعفاء هنا لا يكون إلا إعفاء قانونيا (dispense légale) ، أما الإعفاء العقلى (dispense rationnelle) فيمتنع ، لأنه فى عب‌ء الادعاء لا يقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فيعفى كل من الخصمين من إثبات الأوضاع المخالفة التى عمد القانون إلى تنظيمها ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان الدليل الذى يتقدم به من يحمل عبء الإثبات دليلا مقنعاً للقاضى ، صدر الحكم لمصلحته . وإذا عجز عن الإثبات ، صدر الحكم ضده . وإذا كان الدليل يشوبه الشك ، فسر الشك لغير مصلحته وصدر الحكم ضده ، وهنا تتبين دلالة حمله لعبء الإثبات .

هذه هى الخطوط الرئيسية للرأى الذى يتقدم به صاحب الرسالة المتقدمة الذكر . وليس فى هذا الرأى نصيب كبير من الابتداع ، وإن كان فيه كثير من الترتيب والتنسيق . فتصفية ادعاءات كل من الخصمين قبل الانتقال إلى مرحلة الإثبات ، وتحديد نقط النزاع بعد هذه التصفية ، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين ، فيه ترتيب منسق وتسلسل منطقى للمسائل التى ينطوى عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية فى عبء الإثبات — التى رأينا ديموج يعالجها عن طريق فكرتى الرجحان (vraisemblance) والاضطلاع بأقل مشقة (le moins d'inconvénients) ، ورأينا بارتان يواجهها بالأسر الطبيعية للخصومات (familles naturelles de litiges) ، ويعمد جنى إلى تحميل عبء الإثبات فيها لمن يريد تعديل وضع مكتسب (modification d'une situation acquise) ، ويعمد بارد إلى تحميل هذا العبء لمن يتمسك بواقعة مخالفة للوضع المألوف المعتاد (un fait contre l'état normal et habituel) ، كما يعمد تفينيه (Thevenet) إلى تحميل العبء لمن يقوم الظاهر ضده (contre lequel l'apparence existe) — هذه المسألة الجوهرية يعالجها المؤلف بنظريته فى الإعفاء . وهى نظرية لا تزيد فى التحديد والضبط عن هذه الآراء التى قدمناها ، وقد أحس المؤلف نفسه أنها محوطة بشىء من الغموض . ونحن إذا دققنا النظر فى نظرية الإعفاء هذه ، لا نراها تخرج عما سبق أن قررناه من أن الخصم يعفى من عبء الإثبات إذا ادعى ما هو ثابت حكما أو فعلا .

المضرور . فيصح أن يتفق شخصان شريكان فى مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشى أحدهما على مواشى الآخر لايكون الأول مسئولا عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأ فى جانبه . (٢) الأصل أن أمين النقل مسئول عن الضرر الذى يحدث أثناء النقل للشخص أو الشيء الذى ينقله ، والمسئولية هنا مسئولية عقدية ، فعلى أمين النقل إذن يقع عبء الإثبات . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً — ما لم يكن هذا شرط إذعان — على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه ، فيصبح هذا هو المكلف باثبات خطأ فى جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية لاالمسئولية التقصيرية . (٣) إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً (م ٢٣١ مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التى جاوزت قيمة الشرط الجزائى ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً . (٤) المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لايد له فيه (م ٥٨٤ فقرة ١ مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، فيكون المستأجر غير مسئول عن حريق العين إلا إذا أثبت المؤجر خطأ فى جانبه [1] ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية [2] .

وكما يقع التعديل الاتفاقى لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذى قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع . فيجوز لخصم لم يكن فى الأصل مكلفاً باثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فاذا أجابه القاضى إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات . ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ، فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فمتى كان الطاعن قد طلب من

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس فى شرح عقد الإيجار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٣٣ ص ٤١٧ — ص ٤١٨ .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ .

المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه، فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم باجابته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لاثبات ماهو غير ملزم بحمل عبئه [١] .

ثالثاً — طرق الاثبات

ا — ما هى طرق الاثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض فى شأنها)

٥٨ — طرق الاثبات التى رسمها القانون واجراءاتها وقوة كل طريق منها : رسم القانون طرق الإثبات المختلفة. وهى ستة : (١) الكتابة écrit (٢) الشهادة أو البينة témoignage (٣) القرائن présomptions (٤) الاقرار aveu (٥) اليمين serment (٦) المعاينة constatation .

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدنى ، إذ هى لا تنطوى إلا على إجراءات اصطلح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات ، سواء فى ذلك ماتعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة visite des lieux (م ١٨٥—١٨٨ مرافعات) أو ماتعلق بالمعاينة الفنية التى يقوم بها الخبراء (expertise) [٢] (م ٢٢٥—

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ .

(٢) وتعيين الخبير من الرخص المخولة للقاضى ، فله أن يقدر ما إذا كان لازماً أو غير لازم، وله بعد أن يتم هذا التعيين أن يأخذ بتقرير الخبير أو ألا يأخذ به (نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢ ص ٦—١٩ نوفبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٥ ص ١٤ — ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤ — ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٤٧ — ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٨ ص ٢٢٠ — ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٠٢ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٨ ص ٥٠٣ (الأخذ بالجزء غير الباطل من تقرير الخبير) — أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٦ ص ٥٨١ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٣ ص ٧١٣ — ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٦ ص ٣٢٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . ولكن يجب تعيين خبير إذا أوجب القانون ذلك (كما فعل تقنين المرافعات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٣١ ، فى تقدير الدعوى المتعلقة بالعقار ، بأنه إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستندات التى =

٢٥٢ مرافعات) . فتكون طرق الاثبات التي تعالج في القانون المدني هي الخمسة الأولى . وتعيين هذه الطرق وتحديد قيمة كل طريق منها من مسائل القانون المدني ، أما الإجراءات التي رسمها القانون للسير في كل طريق فمن مسائل قانون المرافعات ولا شأن لنا بها هنا .

والكتابة من أقوى طرق الإثبات ، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لاثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز كما سنرى . ولم تكن لها هذه القوة قديماً ، بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة بل كانت الغلبة للأمية ، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم . هكذا كان الأمر في الفقه الإسلامي وفي سائر الشرائع . ثم أخذت الكتابة تنتشر، وساعد على ذلك اختراع الطباعة ، فعلت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأول . ومن مزايا الكتابة أنه يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون التربص إلى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد preuve préconstituée . وقد أوجبها القانون بوجه عام طريقاً للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً ، فان التصرف القانوني يسهل اعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره . أما الواقعة القانونية ، وهي عمل مادي ، فقد لا يتيسر إعداد كتابة لإثباتها ، لذلك يجوز بوجه عام إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة وحدها . ومن مزايا الكتابة أيضاً أنها لا يتطرق إليها من عوامل الضعف ما يتطرق إلى الشهادة ، فالشهود يجوز عليهم الكذب ، وتعوزهم الدقة على كل حال ، وتتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة ، إذا خلت مما يلحق الشهادة من كذب

= تقدم أو بواسطة خبير) ، أو كان تعيين الخبير هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فعند ذلك لا يجوز رفض تعيين الخبير بغير سبب مقبول (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠) . انظر أيضاً المادة ٨٣٦ مدني وتقضي بأن تندب المحكمة ، إن رأت وجهاً لذلك ، خبيراً لقسمة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجه لتعيين الخبير .

وتقارن الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه بين الخبير والشاهد . فهما يتوافقان من حيث أن القاضي يعتمد على أقوال كل منهما في تكوين اعتقاده . وهما يتفارقان من حيث إن الشاهد يخبر عن الماضي أما الخبير فيقرر عن الحاضر . والأول يقتصر على رواية خبر ، أما الثاني فيبدي رأياً فنياً يعين القاضي على البت في الدعوى . فالخبير أقرب إلى أن يكون قاضياً من أن يكون شاهداً (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ ص ٢٢٥٤) .

أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هى أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للطعن فى الكتابة بالانكار أو بالتزوير (م٢٥٣–٢٩١ مرافعات) .

أما الشهادة أو البينة فقد كانت من أقوى الأدلة فى الماضى كما قدمنا ، ثم نزلت للأسباب التى بيناها إلى مكان أدنى . فهى طريق للإثبات ذو قوة محدودة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا فى حالات استثنائية ، ولا تثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبينة لموقع الضرورة(١) . وقد حاطها المشرع بضمانات عدة ، فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود (م ١٨٩–٢٢٤ مرافعات) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضى التقدير الأعلى فى الأخذ بها إذا أقنعته أو فى اطراحها إذا هو لم يقتنع .

أما القرائن فهى طريق للإثبات غير مباشر ، لأن الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضى أن فى إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى. فيكون الخصم قد أثبت الواقعة الثانية إثباتاً مباشراً ، وأثبت الواقعة الأولى — وهى الواقعة محل النزاع — إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة فى تقديرها . والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ، أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها(٢) . أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس . وإذا كانت

---

(١) ومع ذلك فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة فى بعض الوقائع المادية كما فعل فى إثبات البنوة (م ٣٢٣ فقرة ٢ و م ٣٤١ فقرة ٣ مدنى فرنسى) ، وقد يجيز الإثبات بالبينة فى مناسبة تصرف قانونى كالغلط والتدليس والإكراه إذا شاب عيب منها التصرف القانونى لأن هذه العيوب ليست فى الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٦) .

(٢) يرى أوبرى ورو أن الواقعة التى يعتبرها القانون ثابتة بفضل قرينة قانونية قاطعة لا تكون محلا للإثبات ، ومن ثم لا تكون القرائن القانونية القاطعة طريقاً للإثبات بالمعنى الصحيح . أما القرائن القانونية البسيطة ، وهى التى يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هى أيضاً طريقاً للإثبات ، بل هى طريق لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٣) .

وقد قدمنا أن القرينة القانونية القاطعة توجب على الخصم إثبات واقعة متصلة بالواقعة محل =

القرائن تنطوى فى كثير من الأحوال على وقائع مادية ملموسة لا يتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة ، إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت القرائن ، من حيث قوتها فى الاثبات ، بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة ، فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية وهى متناثرة فى جميع نواحى القانون .

أما الاقرار فانه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لايكون فى الواقع من الأمر طريقاً لاثبات هذا الحق ، بل إعفاء من إثباته ، ونزولا من الخصم المقر عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه . ولما كان الاقرار نزولا عن حق المطالبة بالاثبات ، فهو من جهة يقبل فى الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره ، فهو وحده الذى نزل عن حق المطالبة بالاثبات ، وقد يكذب فى إقراره فيقر بشىء فى حق نفسه تخلصاً مما هو أشد أو إلحاقاً للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هى إجراءات استجواب الخصوم

= النزاع. فهناك إذن واقعتان : واقعة أصيلة وهى الواقعة محل النزاع ، وواقعة بديلة وهى الواقعة الواجب على الخصم إثباتها ويكون فى هذا الإثبات إثبات للواقعة الأصيلة . ففيما يتعلق بالواقعة البديلة ، لايكون فى القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات ، بل هناك إثبات مباشر . أما فيما يتعلق بالواقعة الأصيلة ، فإن فى القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات المباشر ، وتثبت الواقعة الأصيلة ثبوتا غير مباشر عن طريق إثبات الواقعة البديلة . ولافرق مابين القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فى هذا الصدد ، إلا فى أن الإعفاء من الإثبات المباشر للواقعة الأصيلة فى القرينة البسيطة هو إعفاء مؤقت لا إعفاء نهائى كما فى القرينة القاطعة . إذ أن القرينة البسيطة ، بنقلها عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، تفسح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أعفى من الإثبات ، وذلك إذا ما اضطلع الخصم الآخر بعبثه . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : فى الاثنتين يتعين إثبات الواقعة البديلة إثباتاً مباشراً .

ولما كانت العبرة فى الإثبات إنما تكون بالإثبات الذى ينصب مباشرة على الواقعة الأصيلة ، فقد اعتبرنا هذا المعنى فى القرائن القانونيـــة ، وآثرنا فى الترتيب الذى توخيناه أن نجعل هذه القرائن ، لا طريقاً للإثبات ، بل طريقاً للإعفاء من الإثبات ، إذ هى جميعا تعفى من إثبات الواقعة الأصيلة إثباتاً مباشراً ، على وجه نهائى فى القرائن القاطعة وعلى وجه مؤقت فى القرائن البسيطة .

(interrogatoire) واستحضارهم شخصياً أمام القاضى (comparution personnelle) (م ١٦٦ — ١٧٤ مرافعات).

بقيت اليمين . ويمكن القول إنها طريق للإثبات من وجوه أربعة : إذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه ، وإذا نكل دون أن يردها فقد ثبت حق خصمه بنكوله ، وإذا ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه ، وإذا ردها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه . على أن الواقع من الأمر أن اليمين كالإقرار ليست طريقاً للإثبات ، لأن توجيه اليمين إلى الخصم أو ردها عليه إنما هو احتكام إلى ذمته ، فان حلف كان هذا تحملا للحق ، وإن نكل كان هذا بمثابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه اليمين فى الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، شأن اليمين فى ذلك شأن الإقرار . وقد رسم قانون المرافعات الإجراءات اللازمة فى تحليف اليمين (م١٧٥–١٨٤ مرافعات) .

ونرى مما تقدم أن القانون قد عين طرق الإثبات المختلفة ، وحدد لكل طريق قوته ، بمقتضى قواعد وضعها لذلك [1] . فهل تعتبر هذه القواعد من النظام العام لا سلطان للخصوم عليها ، أم هى قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ هذا ماننتقل الآن إليه .

---

(١) وللخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يجيزه القانون . وهو إذا اختار طريقاً منها ، ولم يوفق فيه أو عدل عنه ، فله أن يلجأ إلى طريق آخر ، وذلك إلا فى اليمين فسنرى أن الالتجاء إلى هذا الطريق يعتبر نزولا عما عداه من الطرق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للخصم الذى رخص له فى إثبات حق متنازع فيه بطريق معين من طرق الإثبات أن يلجأ إلى طرق أخرى لإثبات حقه ، سواء أكان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذى سبق الترخيص به أم كان قد عدل عن هذا الطريق بعدم المضى فيه . ومن ثم إذا كان المدعى فى دعوى الاستحقاق قد فقد حقه فى السير فى إجراءات التحقيق ، فلا يترتب على ذلك أنه يفقد حقه فى إثبات دعواه بطريق آخر (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا أقر القاضى اتخاذ طريق من طرق الإثبات ، فإن ذلك لا يمنع الخصم ، وكذلك لا يمنع القاضى ، من الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفى ما يدعيه الخصوم . وينبنى على ذلك أنه إذا لم يباشر الخبير المحاسب عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المقصر فى إيداع الأمانة من أن يستبدل بهذا الطريق طرقاً أخرى للإثبات . ويتعين على القاضى أن يبحث هذه الطرق ، غاضاً النظر عن الإجراء الذى سبق اتخاذه ولم يتم (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦) .

٥٩ — الاتفاقات الخاصة بطرق الاثبات(١): يذهب الفقه الفرنسى إلى القول ببطلان هذه الاتفاقات . وحجته فى ذلك أن طرق الاثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء والتعرف على خير السبل التى يهتدى بها القضاة إلى الحقائق ، ومن ثم تكون القواعد التى تعين هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها(٢) . بل يذهب فريق من الفقهاء فى فرنسا إلى بطلان الاتفاقات المتعلقة بقواعد الاثبات كافة ، ليس فحسب القواعد المتعلقة بطرق الاثبات ، بل أيضاً القواعد المتعلقة بتحديد الواقعة المراد إثباتها وبتعيين من من الخصوم يحمل عبء الاثبات(٣) ، وهى القواعد التى سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام . ولكن القضاء الفرنسى يذهب إلى القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الاثبات كغيرها التى تتعلق بعبء الاثبات وبالواقعة المراد إثباتها . ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد فى أنها متعلقة بالنظام العام ، كالقواعد الخاصة باثبات الميلاد والوفاة والزواج وإثبات النسب والقواعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التى يقدمها الخصوم وبقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك (٤). وينهض لتوجيه الرأى الذى يذهب إليه القضاء الفرنسى اعتباران : أولهما أن الأصل فى موقف القاضى من الدعوى الحياد كما تقدم القول ، والخصمان هما اللذان يقفان موقفاً إيجابياً ، فلهما أن يسيرا على القواعد التى رسمها القانون للإثبات ، ولكن لا عليهما أن يخالفا هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يريانها أقرب إلى أداء العدالة

---

(١) انظر فى هذه المسألة سيوريانو (Sescioreano) فى الإتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — ليبال (Le Balle) فى الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات فى القانون المدنى ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — وسنعود إلى معالجة المسألة من ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث تجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث تجوز البينة عند الكلام فى البينة والقرائن .

(٢) أنظر رسالة سيوريانو (Sescioreano) المتقدم ذكرها ص ٣٩ .

(٣) أنظر رسالة ليبال (Le Balle) المتقدم ذكرها ص ١٣٤ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٣ — فقرة ١١٥٤ .

(٤) بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٣ .

وتمحيص الحقائق[١] . والاعتبار الثانى أن إثبات الحق لا يزيد فى الخطر عن الحق ذاته ، وما دام صاحب الحق يستطيع النزول عنه ، فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لاثبات هذا الحق !

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسى بصحة الاتفاق الخاص باثبات براءة ذمة الوكيل بطرق أيسر من تلك التى رسمها القانون فى القواعد العامة للإثبات وفى القواعد الخاصة بعقد الوكالة[٢] . وحكم أيضاً بجواز الاتفاق على الاثبات بطريق أيسر مما قرره القانون ، كالبينة بدلا من الكتابة[٣] ، أو بطريق أصعب[٤] ، أو بطريق لم يرسمه القانون[٥] ، وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام[٦] .

أما فى مصر فيمكن القول بأن الفقه يذهب إلى أن أكثر قواعد الاثبات لا تعتبر من النظام العام . وكان القضاء ، فى ظل القانون القديم ، يميز بين الاتفاق على الاثبات بالكتابة حيث يبيح القانون الاثبات بالبينة ، وهذا اتفاق جائز مستساغ ، وبين الاتفاق على الاثبات بالبينة حيث يحتم القانون الاثبات بالكتابة ، وهذا كان القضاء يجيزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ولا يجيزه إذا أبرم مقدماً قبل

---

(١) أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، وخالف القاضى من تلقاء نفسه القواعد التى رسمها القانون فى الإثبات وسكت الخصم ولم يعترض ، فلا يعتبر ذلك اتفاقاً بينه وبين خصمه على مخالفة قواعد الإثبات ، بل نزولا بارادة منفردة عن حق الاعتراض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٦ هامش رقم ٣) . وهذا بخلاف ما إذا تطوع أحد الخصمين لحمل عبء إثبات واقعة لم يكن عليه إثباتها وسكت الخصم الآخر ، فقد قدمنا أن هذا يكون بمثابة اتفاق ضمنى على تعديل قواعد عبء الإثبات .

(٢) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥–١–١٦٠– سريه ٦٥–١–٦٣ حكم آخر فى ١٧ يولية سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧–١–٦٧– سيريه ٦٦–١–٤٠١ .

(٣) نقض فرنسى أول يونيه سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ١ – ٢٨٣ – حكم ثان فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧–١–٣٢٧– حكم ثالث فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ –١–٢٠ .

(٤) نقض فرنسى ٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ سريه ١٩٠٤–١–٤٨١ .

(٥) نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧–١–٣٣٨ – حكم آخر فى ٢٣ نوفبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ – ١ – ٤٠٢ .

(٦) نقض فرنسى ١٣ نوفبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥–١–٤٠٧– بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ – فقرة ١٤٢٩ ص٨٥٦– ص ٨٥٩– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٥ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٥ .

وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى[1] .

والذى يعنينا هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالا إن قواعد الاثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التى سقناها فى توجيه القضاء الفرنسى . يوجد حقاً من هذه القواعد ما توحى طبيعته أنه من النظام العام ، كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الناس كافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير ، وكأن تكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها الثابت ، وكحجية القرائن القانونية القاطعة فى كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الاثبات كما قدمنا . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للبرقيات ولا للدفاتر والأوراق المنزلية قوة الورقة العرفية من حيث الاثبات (م ٣٩٦ و٣٩٨ مدنى) . ويجوز بوجه عام الاتفاق على عدم إعمال القرائن القانونية البسيطة وهى التى تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الاثبات بالكتابة حيث يجيز القانون الاثبات بالبينة ، أو أن يكون الاثبات بالبينة حيث يحتم القانون الاثبات بالكتابة[2] ، وهذه هى المسألة التى سنتناولها ببيان واف عند الكلام فى قوة البينة والقرائن فى الاثبات .

---

(١) وقد قضى كذلك بأنه إذا اشترط المتعاقدان إبعاد اليمين بغير الحال ، فان الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام ، فهو جائز ، وقد يتردد بعض الناس فى الحلف بسبب العقيدة الدينية أو تأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف (بنى مزار ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢) . وقضى بأن الاتفاق فى سند المديونية على عدم أحقية المدين فى توجيه اليمين الحاسمة إلى دائنه عن السداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته للنظام العام والآداب (أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢) . وأنظر فى أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، إلا أن يكون الاتفاق على تعديلها قد جاء فى عقد إذعان حيث يكفل القانون حماية الطرف المذعن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠ — ص ٢٢ .

(٢) وقد كان التقنين المدنى القديم لا يجيز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابة ، وفى رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة . وتوجب المادة ٦٥٨ من التقنين المدنى الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة فى أجر المقاول بالكتابة إذا كان عقد المقاولة قد أبرم بأجر إجمالى على أساس تصميم متفق عليه ، وفى رأينا أنه يجوز الاتفاق فى عقد المقاولة على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر المقاول بالبينة دون الكتابة .

٦٠ — **سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الاثبات :** تعيين طرق الإثبات ، وبيان متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق ، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضي طريق الإثبات الذى رسمه القانون فى الوضع الذى أجازه فيه وجعل له قوته المحددة قانوناً ، فان تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تعقيب لمحكمة النقض عليها (١) . وأخص ما يظهر ذلك فى قوة الإقناع التى تستمد من شهادة الشهود ، وفى القرائن القضائية التى يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها ، ما دام قاضي الموضوع قد بين فى حكمه الاعتبارات المعقولة التى أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند ، ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلا . فان بنى حكمه على واقعة لا سند لها ، أو استخلص نتيجة غير مقبولة عقلا ، كان حكمه معيباً وتعين نقضه (٢) .

---

(١) على أن هناك أدلة إذا تقدم بها الخصم ، ولم ينقضها خصمه باثبات العكس ، تصبح دون محيص مقنعة للقاضي ، وذلك كالأدلة الكتابية وكشهادات الميلاد والوفاة وكالقرائن القانونية القاطعة وكالإقرار وكاليمين . أما ماعدا ذلك فالقاضي حر فى الأخذ به أو فى إطراحه وفقاً لما يقدر من ظروف الدعوى ووقائعها (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ ص ٧٢٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٦) .

(٢) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع هى صاحبة الحق فى تقدير الدليل الجائز لها الأخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ، ما دام الدليل الذى تأخذ به مقبولا قانوناً ، وما لم يكن للدليل حجية معينة حددها القانون ، وبشرط أن تبين فى حكمها الاعتبارات المقبولة التى بنت عليها قضاءها ، فلا تعتمد واقعة بغير سند لها ، ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلا . فإذا بنى القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له ، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه ، كان هذا الحكم معيباً متعيناً نقضه : نقض مدنى ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٢ ص ١١٧ — ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢ — ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٥ ص ١٤٥ تفسير الأحكام التى يستند إليها كتفسير سائر المستندات) — أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٧ ص ١٤٦ (كالحكم السابق) — ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٤ ص ١٧٠ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ (تفسير سند غامض على أنه ثمن قطن باعه المدعى بصفته وكيلا عن المدعى عليه وسلمه للموكل لا على أنه قرض واجب الأداء) — ٢٨ ديسمبر =

ب — تقسيم طرق الإثبات (تقسيمات ضمنية)

٦١ — طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : يمكن أن تنقسم طرق الإثبات إلى طرق مباشرة (preuves directes) وطرق غير مباشرة (preuves indirectes)

فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها . وهذه هي الكتابة والبينة . فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها بالذات ، سواء

= سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ — اول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ — ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٥ ص ٨١٥ — ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٥ ص ١١١٨ — ٩ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٨ ص ٣٩٨ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) — ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٣ ص ٤٢٧ — ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٣ ص ٥٦٠ — ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣٣ رقم ٣ ص ٧٤ — ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٦٦ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) — ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١١ ص ٣٣٩ (جواز الاستناد إلى حكم شرعي غير نهائي) — ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٣ ص ٣٨٣ (جواز الأخذ ببعض الشهادة دون بعض) — ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٧ ص ٤٠٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٩ ص ١٦ (جواز الاستناد إلى أسباب حكم صادر في خصومة أخرى — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧ ص ٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ (تقدير المحكمة الاستئنافية لشهادة الشهود على خلاف تقدير المحكمة الابتدائية جائز) — ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤ (جواز أن يجعل للمركز الديني لأحد الشهود وزنه) — ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٤١ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠ ص ١٠١ (جواز الأخذ ببعض الشهادة دون بعض) — ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٦ ص ١٤٣ (جواز الأخذ بشهادة لم تأخذ بها محكمة جنائية) — ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ٢٠٩ (لاحاجة للرد على ما نظرته المحكمة من الأدلة) — ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٠ ص ٢١٨ (القاضي حر في عدم الاطمئنان إلى شهادة الشاهد دون إبداء الأسباب) — ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ (كالحكم السابق) — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٤ ص ٢٧٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٨ ص ٤٠٦ (عدم التقيد بالنتيجة التي يسفر عنها تنفيذ الحكم التمهيدي) — ٦ نوفبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٧٧ (جواز الاستناد إلى دفع رسوم الخفر وعوايد الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد) — ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ =

كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية ، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة . والشهود ، إذا انصبت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة قانونية ، يثبتون هذه الواقعة بطريق مباشر . ويلاحظ أن المعاينة والخبرة طريقان مباشران للإثبات ، بل هما الطريقان اللذان يتصلان اتصالا مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها ، ولكنهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هي القرائن والإقرار واليمين . أما القرائن فقد قدمنا أن الإثبات فيها لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على واقعة أخرى متصلة بها اتصالا وثيقاً ، بحيث يعتبر إثبات الواقعة الثانية (الواقعة البديلة) إثباتاً للواقعة الأولى (الواقعة الأصيلة) استنباطاً . ومن ثم تنطوى القرائن على استبدال (déplacement) محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي . فهى إذن تثبت المحل الأصلي — أى الواقعة المراد إثباتها — بطريق غير مباشر . وكل من الإقرار واليمين لا يعتبر طريقاً مباشراً للإثبات ، فهو وإن تناول

=رقم ٢٥ ص ١٥٤ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) — ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ (جواز اطراح بعض الأدلة اكتفاء بما اقتنعت به المحكمة من الأدلة التي اطمأنت إليها) — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص٢٣٣ — ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٨ ص ٥٧٥ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) — ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص٥٩٦ (جواز عدم إجابة الطالب إلى طلب التحقيق لإثبات علم المطعون عليه بملكية الطاعن للمبيع ما دامت المحكمة قد اقتنعت من الأوراق المقدمة بما ينفى هذا العلم) — ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص٦٨٧ (كالحكم السابق) — ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ (كالحكم السابق) — ٤ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٥ ص ١١٠٨ (كالحكم السابق) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية سنة ٢٥ رقم ٧٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للمحكمة ، إذا رأت وجهاً لذلك ، أن تتخذ من الإجراءات والوقائع الثابتة في قضية أخرى عناصر في تكوين اعتقادها وذلك على سبيل الاستئناس ، من نحو يمين أديت ، أو إقرار صدر ، أو تحقيق أجرى ، أو مستندات قدمت (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص١٣٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٥) .

الواقعة المراد إثباتها بالذات ، إلا أن صحة هذه الواقعة لا تستخلص منه مباشرة بل عن طريق الاستنباط . فالإقرار لا يثبت صحة الواقعة المراد إثباتها مباشرة ، بل هو يعفى الخصم من إثباتها ، فتصبح ثابتة بطريق غير مباشر . وكذلك اليمين ، إذ هى احتكام إلى ذمة الخصم ، فان حلف لم يكن هذا معناه أن الواقعة التى حلف عليها هى صحيحة حتماً ، بل تعتبر صحيحة نزولا على مقتضى الاحتكام ، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعفى خصمه من الاثبات : فى حالة الحلف يكون خصمه قد أعفاه من الاثبات ، وفى حالة النكول يكون هو الذى أعفى خصمه ، وفى الحالتين تكون الواقعة المراد إثباتها قد ثبتت بطريق غير مباشر . ولما كان الإعفاء من الإثبات ، سواء فى الاقرار أو فى اليمين ، مقصوراً على الخصمين ، فان حجية الإقرار واليمين حجية قاصرة عليهما غير متعدية إلى الغير . أما حجية القرائن فهى حجية متعدية [1] .

٦٢ — طرق مهيأة وطرق غير مهيأة : ويمكن أيضاً تقسيم طرق الإثبات إلى طرق مهيأة (preuves préconstituées) وطرق غير مهيأة (preuves casuelles) .

فالطرق المهيأة هى التى أعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه فى حالة المنازعة فيه . والطرق المهيأة هى عادة الكتابة ، يعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانونى كعقد بيع ، أو لإثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث . لذلك تسمى الكتابة فى هذه الحالة سنداً (acte) لأنها أعدت لتكون دليلا يستند إليه عند قيام النزاع .

والطرق غير المهيأة هى التى لا تهيأ مقدماً ، بل تتهيأ وقت قيام النزاع فى الحق المراد إثباته . وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقاً غير مهيأة . فالشهود لا تعد فى العادة إلا عند قيام النزاع . والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أمام القاضى وهو ينظر الدعوى . وكذلك الإقرار واليمين ، لا يجديان إلا إذا كانا فى مجلس القضاء وقت نظر النزاع . أما الإقرار غير القضائى

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٧ ص ٤٢٩ — الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥ .

فان ثبت بالكتابة كانت الكتابة فى هذه الحالة دليلا مهيأ ، وإن ثبت بالبينة فالعبرة بها وهى عادة دليل غير مهيأ [١] ، وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان لا يتهيئان إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء .

على أن الدليل غير المهيأ قد يصبح دليلا مهيأ إذا أعده صاحب الشأن مقدماً ، وذلك كالبينة فقد يعد صاحب الحق مقدماً شهوداً على حقه وقت نشوئه ليهيىء الدليل على هذا الحق إذا نوزع فيه . وكذلك الدليل المهيأ قد يصبح دليلا غير مهيأ إذا لم يعد فى الأصل ليكون دليلا للاثبات ، وذلك كدفاتر التجار فهى قد أعدت أصلا لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات . ومن ثم لاتسمى الكتابة سنداً (acte) إلا إذ كانت دليلا مهيأ .

٦٣ — **طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة** : ويمكن كذلك تقسيم طرق الاثبات إلى طرق حجيتها ملزمة وطرق حجيتها غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هى الطرق التى حدد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضى . وهذه هى الكتابة والاقرار واليمين والقرائن القانونية . وبعض هذه الأدلة حجيتها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهى اليمين والقرائن القانونية القاطعة . وبعضها حجيتها غير قاطعة فتقبل إثبات العكس ، وهذه هى الكتابة إذ تقبل الانكار والطعن بالتزوير ، والاقرار إذ يجوز للمقر أن يثبت أن إقراره غير صحيح ، والقرائن القانونية البسيطة ، إذ يجوز دحضها باثبات مايخالفها .

والطرق ذات الحجية غير الملزمة هى البينة والقرائن القضائية . وقد قدمنا أن حجية هذين الطريقين غير ملزمة للقاضى ، فهو حر فى تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود وفى استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض فى ذلك [٢] .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٥ — ص ٩٦ والهوامش .

(٢) الدكتور سليمان مرقس فى الإثبات ص ٣٥ . وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان حجيتهما غير ملزمة .

٦٤ — طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية : وتنقسم أيضاً طرق الاثبات إلى طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية .

فالطرق الأصلية هي الأدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة . وهي قد تكون كافية وحدها ، كالكتابة وكالبينة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . وقد تكون غير كافية ولابد من استكمالها بطرق تكميلية ، كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلي ولكنه غير كاف ولابد من استكماله بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً (١) .

والطرق التكميلية هي الأدلة التي لاتقوم بذاتها ، بل تكون مكملة لأدلة موجودة . وذلك كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة ، فهذه يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات. ويلاحظ أن البينة والقرائن القضائيـة قد تكون طرقاً أصلية ، وذلك في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما سلف القول ، وقد تكون طرقاً تكميلية ، وذلك في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أن البينة والقرائن القضائية قد تكون أدلة بدلية لا تكميلية ، فتحل محل الكتابة لاتكملها ، وذلك في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه . ويلاحظ أخيراً أن اليمين المتممة يستكمل بها لا مبدأ الثبوت بالكتابة فحسب ، بل أيضاً أي دليل أصلي آخر يراه القاضي في حاجة إلى استكمال كالبينة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات .

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه أي طريق

---

(١) والمعاينة والخبرة دليلان أصليان ، قد يكتفي بهما القاضي ، وقد يستكملهما بأدلة أخرى. أما القرائن القانونية ، فالقاطعة منها أدلة أصلية كافية ، أو هي طرق تعفي من الإثبات إعفاء نهائياً ، ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكفي وحدها . والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير كافية ، فهي تعفي من الإثبات إعفاء مؤقتاً إذ تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر .

آخر . وهذه هى الإقرار واليمين الحاسمة . فاذا عدم الخصم الدليل على دعواه ، لم يبق أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه عساه يحصل على إقرار منه ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وبذلك يحتكم إلى ضميره . والطرق الاحتياطية قد تسعف فى بعض الأحيان وهذا هو القليل النادر ، ولكنها فى الكثرة الغالبة من الأحوال تقضى على من لجأ إليها . ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا فى الضرورة القصوى، عندما تلجئه الحاجة الملحة إليها . وهى فى الواقع ليست طرقاً للإثبات، بل طرقاً للاعفاء من الإثبات كما قدمنا (١) .

٦٥ — طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الاثبات : وتنقسم أخيراً طرق الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الاثبات :

أما الطرق ذات القوة المطلقة فى الاثبات فهى الطرق التى تصلح لاثبات جميع الوقائع ، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولا يوجد من الطرق التى نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة فى الاثبات على هذا النحو إلا الكتابة ، فهى تصلح لاثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق (٢) .

والطرق ذات القوة المحدودة فى الاثبات هى الطرق التى تصلح لاثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهى إذن محدودة القوة . وهذه هى البينة والقرائن القضائية ، إذ هى لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات إلا فى حالات استثنائية معينة . وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذات قوة محدودة فهى لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص .

---

(١) دى باج ٣ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٥ — ص ٩٦ والهوامش .

(٢) وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة — وهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا — قوتهما مطلقة فى الإثبات ، إذ يصلحان لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية ، أياً كانت القيمة .

والطرق المعفية من الاثبات هي الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، وقد تقدم بيان ذلك . ولما كانت هذه الطرق تعفى من الاثبات ، فهى تصلح للاعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته ؛ فهى من هذه الناحية ذات قوة مطلقة (١) .

وهذا التقسيم هو أهم التقسيمات جميعاً ؛ إذ هو يرتكز على ما لكل طريق من قوة فى الاثبات ، والقوة فى الاثبات هى التى تخلع على كل طريق قيمته وتميزه من الطرق الأخرى . لذلك نتخذه أساساً لاستعراض طرق الاثبات المختلفة فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول — فى طرق الاثبات ذات القوة المطلقة : الكتابة .

الباب الثانى — فى طرق الاثبات ذات القوة المحدودة : البينة والقرائن القضائية (٢) .

الباب الثالث — فى الطرق المعفية من الاثبات : الاقرار واليمين والقرائن القانونية .

---

(١) دى باج ٣ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٨ .

(٢) أما اليمين المتممة فنعالجها مع اليمين الحاسمة لاتحاد أكثر القواعد التى تحكم كلا من اليمينين .

الباب الأول

طرق الاثبات ذات القوة المطلقة

الكتابة

٦٦ — **الورقة والسند والتصرف** : يقوم لبس فى لغة القانون الفرنسية من شأنه أن يخلط ما بين التصرف وأداة إثباته ، فالشيئان يطلق عليهما لفظ واحد ، هو لفظ (acte) . وقد تسرب هذا اللبس إلى لغة القانون العربية ، فأطلق لفظ « العقد » على التصرف ، ثم استعمل اللفظ عينه فى أداة إثباته فقيل «عقد رسمى » و « عقد عرفى» وقصد بذلك الورقة الرسمية أو العرفية الورقة التى تعد لإثبات التصرف[1] .

وحتى لا يقوم هذا اللبس نقصر لفظ « العقد » على النوع المعروف من التصرفات القانونية . أما أداة الإثبات فلها لفظان فى اللغة العربية : السند والورقة . ولما كان لفظ « الورقة » أعم فى المعنى من لفظ «السند» إذ السند معناه كما قدمنا الورقة المعدة للاثبات ، أى الدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، فالأولى أن نقف عند لفظ « الورقة » ، فنستعمل هذا اللفظ فى الأدلة الكتابية جميعاً ، سواء أعدت للإثبات أو لم تكن معدة . ونقول « الورقة الرسمية » «والورقة العرفية » ، قاصدين بذلك الدليل الكتابى الذى يثبت به التصرف ولو لم يكن معداً للإثبات ، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية . وفرق ما بين التصرف والورقة المثبتة له ، فقد يكون التصرف صحيحاً والورقة باطلة ، وعلى

---

(١) وقد اقترح الأستاذان أوبرى ورو (جزء ١٢ فقرة ٧٥٤ ص ١٥٥ هامش رقم ٢) ، حتى يرتفع هذا اللبس ما بين التصرف ذاته (negotium) وأداة الإثبات (instrumentum) ، تسمية أداة الإثبات باللفظ الآتى : (acte instrumentaire)

العكس من ذلك قد يكون التصرف باطلا والورقة صحيحة [١] .

٦٧ — **أنواع الأوراق وقوتها فى الاثبات** : والأوراق — كأداة للإثبات— قسمان : (١) أوراق رسمية (actes authentiques)، ويقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . وهى كثيرة متنوعة : منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التى تثبت العقود والتصرفات المدنية ، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام — (٢) أوراق عرفية (actes sous seing privé) ، ويقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم . وهى نوعان : (ا) أوراق معدة للإثبات كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحوهما وتسمى أيضاً « بالسندات » (ب) وأوراق غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات .

والكثرة الغالبة من الأوراق الرسمية والعرفية هى « سندات » أو أوراق معدة للإثبات ، فهى دليل مهيأ (preuve préconstituée) ، وقد تقدم ذكر ذلك [٢] . والأصل أن الورقة التى تعد لإثبات تصرف تكتب عقب إبرام هذا التصرف ، فالمتبايعان مثلا يبرمان عقد البيع فيما بينهما ثم يعدان ورقة لإثباته . ولكن يقع كثيراً أن المتعاقدين يبرمان العقد وقت كتابة الورقة والتوقيع عليها ، ولا يعتبر العقد قد تم إلا بالتوقيع . بل ليس ما يمنع أن تكتب ورقة إعداد

---

(١) الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٣٥ — بلانيول وريبير وجابولد جزء ٧ فقرة ١٤٣٤ — وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (م ٥٢٧ من هذا المشروع) فى هذا الصدد ما يأتى : « تصرف عبارة السند تارة إلى الواقعة القانونية ، أى العمل أو التصرف القانونى ، وطوراً إلى أداة الإثبات ، أى إلى الورقة التى يجرى الإثبات بمقتضاها . وقد رؤى استعمال عبارة الورقة الرسمية للتمييز بين مصدر الحق أو الالتزام وبين أداة إثباته » . (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٥٢) .

(٢) وأكثر ما تعد الأوراق لإثبات التصرفات القانونية (actes juridiques) . وقل أن تعد لإثبات الوقائع المادية (faits matériels) ، ويقع ذلك عادة فى الشهادات التى تعد لإثبات الميلاد والوفاة وفى اعلامات الوراثة وفى المحاضر التى تعد لإثبات الحالة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٦) .

لإثبات تصرف لم يتم إبرامه ، فلا يعتبر العقد فى هذه الحالة قد أبرم بمجرد كتابة الورقة ولو وقعت . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى بأن « التعاقد لا يعتبر تاماً ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابة ولو حصل التوقيع عليها ، بل إنه لا بد من قيام الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه ، وهذا ما يقتضى تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه ، بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقاً لما صلح هذا الالتزام ، كما أنه إذا تبين أنه قد تحرر مكتوب بالتعاقد ولكنه سلم لأمين فانه يتعين البحث فى ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين»[١] .

والأوراق — رسمية كانت أو عرفية — لها حجية فى الإثبات يحددها القانون ، وهى تتفاوت قوة و ضعفا . وأقوى الأوراق فى الإثبات هى الأوراق الرسمية . فهى حجة على الناس كافة على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . أما الأوراق العرفية المعدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الأوراق الرسمية ، إذ هى لا تنهض حجة إذا أنكرها من صدرت منه ، وعند ذلك يرسم القانون إجراءات معينة لتحقيق صحة صدورها[٢] . وسنعود إلى هذه المسألة فى موضعها ببيان أوفى . والأوراق العرفية غير المعدة للإثبات لا يكون لها من الحجية إلا القدر الذى يعينه القانون ، كما هو الأمر فى شأن الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار .

وحجية الأوراق — رسمية كانت أو عرفية — لا تقتصر على ما تثبته هذه الأوراق عن طريق التقرير (disposition) ، بل تتناول أيضاً ما تثبته عن طريق الاخبار (énonciation) إذا اتصل اتصالا مباشراً بما تثبته عن طريق التقرير . وفى هذا المعنى تنص المادة ١٣٢٠ من التقنين المدنى الفرنسى على ما يأتى : « تكون الورقة — رسمية كانت أو عرفية — حجة على الطرفين حتى فيما لم تذكره إلا على سبيل الاخبار ، ما دام الاخبار متصلا اتصالا مباشراً بما ذكر على سبيل التقرير . أما إذا كان الاخبار أجنبياً عن التقرير ، فلا يصلح إلا مبدأ ثبوت

---

(١) استئناف أسيوط ٣ يونية سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٨٠٥ ص ٢٧٣ .

(٢) ويجوز أن تصلح الورقة العرفية حجة للغير ، لا لإثبات واقعة مادية فحسب ، بل أيضاً لإثبات تصرف قانونى ، كما إذا حصر الورثة فيما بينهم التركة بمقتضى محضر عرفى وأوردوا فيه ديوناً للتركة ذكروا أنها قد دفعت ، فهذا المحضر يصلح دليلا لمدينى التركة وهم من الغير على أنهم وفوا ديونهم (بلانيول وريبير و جابولد ٧ فقرة ١٤٣٦ ص ٨٦٨ هامش رقم ١) .

بالكتابة» [١] . والورقة المعدة للإثبات إنما أعدت أصلا لتثبت ما قرره الطرفان من بيع أو إيجار أو وفاء أو تجديد أو غير ذلك من التصرفات القانونية ، وهذا هو ما تثبته الورقة عن طريق التقرير . ثم إنه قد يرد فى الورقة ذكر لبعض الوقائع ليست هى التى أعدت الورقة أصلا لإثباتها ، ولكنها تتصل بها ، وقد ذكرت على سبيل التمهيد والإيضاح . وتأتى الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد [٢] بمثلين لما يذكر فى الورقة على سبيل الأخبار : (١) ورقة أعدت لإثبات دين قديم ، وذكر فيها على سبيل الأخبار أن فوائد هذا الدين مدفوعة إلى يوم تحرير الورقة . فهذا الاخبار له صلة مباشرة بالدين الذى أعدت الورقة لإثباته على سبيل التقرير ، ومن ثم يكون للإخبار هنا حجية كاملة ، فهو دليل كتابى على الوفاء بفوائد الدين إلى اليوم الذى حررت فيه الورقة . (٢) ورقة أعدت لتجديد مرتب (rente) عن طريق تغيير المدين ، فذكر فيها على سبيل الإخبار أن المدين الجديد يتعهد بدفع المرتب مستقبلا (pour l'avenir) ، فهذا الإخبار صلته بالمرتب قبل التجديد صلة غير مباشرة ، ولا يصلح دليلا كاملا على أن الحال من أقساط المرتب حتى يوم تحرير الورقة قد دفعه المدين القديم كاملا لمجرد أن المدين الجديد قد تعهد بدفع المرتب مستقبلا ، ومن ثم لا يكون الإخبار هنا إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يجب استكماله بالبينة أو بالقرائن.

٦٨ — الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية : وقبل أن نفصل الكلام فى الورقة الرسمية والورقة العرفية ، نورد هنا أبرز ما بينهما من فروق . فالورقة الرسمية تختلف عن الورقة العرفية من ناحية الشكل ومن ناحية

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : "L'acte, soit authentique soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs pourvu que l'énonciation ait un rapport direct avec la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que de commencement de preuve".

(٢) الجزء السابع فقرة ١٤٣٥ — ويورد الأستاذان أوبرى ورو (١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٧) مثلا : مدين بإيراد مؤبد يقر بهذا الإيراد فى ورقة رسمية ، ويذكر فى الورقة عبارة إخبارية مؤداها أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن أقساط الإيراد السابقة قد دفعت جميعها إلى تاريخ معين ، فهذه العبارة الإخبارية تتصل اتصالا مباشراً بموضوع الإقرار فتكون لها الحجية إلى حد الطعن بالتزوير .

الحجية فى الإثبات ومن ناحية القوة فى التنفيذ .

١ — فمن ناحية الشكل : يشترط فى الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع المدين ، هذا إذا كانت معدة للإثبات ، أما إذا لم تكن معدة فلا ضرورة حتى لهذا التوقيع .

٢ — ومن ناحية الحجية فى الإثبات : كل من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجة على الكافة (أولا) من حيث صدورها من موقعها . ولكن الورقة الرسمية لا تسقط حجيتها هنا إلا من طريق الطعن بالتزوير ، أما الورقة العرفية فيكفى فيها إنكار الخط أو التوقيع . (ثانياً) من حيث صحة ما ورد فيها . ولكن الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أنه علمه بنفسه ، أما صحة ما قرره رواية عن الغير فيجوز دحضها باثبات العكس وفقاً للقواعد المقررة ، وتاريخ الورقة الرسمية يعتبر صحيحاً إلى حد الطعن بالتزوير . والورقة العرفية يجوز دحض صحة ما ورد فيها جميعاً باثبات العكس ، لا فرق فى ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه وما قرره رواية عن الغير ، وتاريخ الورقة العرفية يكون حجة على موقعها ولكنه لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً .

٣ — ومن ناحية القوة فى التنفيذ : الورقة الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم ، ويكون ذلك بالصورة التنفيذية للورقة [1] . فيستطيع البائع مثلا أن ينفذ بالثمن بموجب الصورة التنفيذية للبيع الرسمى ، كما يستطيع المشترى أن ينفذ بحقه فى تسلم المبيع . ولا يجوز الشروع فى التنفيذ قبل إعلان الورقة الرسمية إلى الخصم ، ويشتمل الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان

---

(١) أما الأوراق الرسمية الموثقة فى المحاكم الشرعية — الإشهادات — فهذه تضع عليها المحاكم الوطنية الصيغة التنفيذية لخلو المحاكم الشرعية من أقلام محضرين للتنفيذ ، ولذلك يقوم بتنفيذها محضرو المحاكم الوطنية . وعندما كانت المحاكم المختلطة قائمة ، كانت الصيغة التنفيذية تطلب من المحكمة المختلطة ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحكمة إذا كان أحد ذوى الشأن فى الورقة الرسمية أجنبياً .

أما فى نظام التوثيق الجديد ، فقد جعل قانون التوثيق (م ٢ ثالثاً) وضع الصيغة التنفيذية من اختصاص مكاتب التوثيق .

المطلوب منه (م ٤٦٠ مرافعات) . وهذا هو تنبيه بالوفاء (commandement) لامجرد إنذار (sommation) . وينبنى على ذلك أن للمدين أن يعارض فى هذا التنبيه ، وأن يتقدم بوجوه الطعن التى يتمسك بها إلى المحكمة المختصة . وإذا بدىء فى تنفيذ الورقة الرسمية جاز للمدين رفع إشكال فى التنفيذ لوقفه ، ويكون ذلك أمام محكمة الموضوع (م ٤٧٩مرافعات) . أما الورقة العرفية فليست لها ، على خلاف الورقة الرسمية ، قوة تنفيذية . فاذا كان سند الدين ورقة عرفية *ورفض المدين تنفيذ التزاماته طوعاً ، فانه لا يمكن إجباره على التنفيذ حتى لو كان* معترفاً بالورقة ، إلا إذا حصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ، والحكم لا الورقة هو الذى ينفذ [١] . وتفصيل القول فى الأوراق من ناحية القوة فى التنفيذ هو من مباحث قانون المرافعات .

وننتقل الآن إلى تفصيل البحث فى الأوراق الرسمية ثم فى الأوراق العرفية على التعاقب .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٢ ص ٦٧٤ .

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

٦٩ — **تمهيد** : نتناول تفصيل البحث فى الأوراق الرسمية من ناحيتين :

(أولا) من ناحية شروط صحتها .

(ثانياً) من ناحية حجيتها فى الإثبات .

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية

٧٠ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه » .

« ٢ — فاذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . ٢ — فاذا لم تستوف هذه الورقة الشروط الواردة فى الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية ، بشرط أن يكون قد وقع عليها ذوو الشأن جميعاً بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً فجاء على وجه مطابق لما ورد فى التقنين الجديد ، وأصبح المادة ٤٠٣ من المشروع =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٦/٢٩١[1] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المـادة ٤٥٠ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادتين ١٥٤و١٥٥ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٧[2] —

= النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم٤٠٣ . وكذلك فعلت لجنة مجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥١ — ص ٣٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيـدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «... ويراعى أن الورقة الرسمية لا تكون على الدوام من صنع المتعاقدين أنفسهم ، فقد يتولى الموظف العام تحريرها وتوثيقها دون أن يقتصر عمله على تلقيها . وقد عرضت المادة ١٩٠٥ منالتقنين الهولندى والمادة ٢٤٢٢ من التقنين البرتغالى والمادة ١٢٠٧ من التقنين الكندى لهذا التفصيل . بيد أن المشروع لم ير محلا لإيراده . وتتناول الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ بيان الشرطين الواجب توافرهما فى الورقة الرسمية . ويراعى أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات هى مرجع ما يتوافر لتلك الورقة من حجية بالغة فى الإثبات ، وعلة إيكال أمرها إلى موظف عام يثبت له القانون سلطة واختصاصاً فى هذا الشأن، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية المكانية . . . . ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه أن اشترط للرضا فيه شكل خاص ، فغنى عن البيانأن هذه الفقرة لا تنطبق على التصرفات التى تشترط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٢ — ٣٥٣) .

(١) كانت المادة ٢٢٦/٢٩١ من التقنين المدنى القديم تنص على ما يأتى : « المحررات الرسمية ، أى التى تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك ، تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها » . وقد جمع هذا النص بين شروط الورقة الرسمية وحجيتها فى الإثبات . فجاء قاصراً فى الناحيتين : (١) فن ناحية الشروط ، جاء النص قاصراً من حيث إنه أغفل شرط وجوب مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً ، ومن حيث إنه لم يبين أن اختصاص الموظف العام هو اختصاص نوعى (وهذا ما عبر عنه التقنين الجديد بالسلطة) واختصاص مكانى ، بل أطلق لفظ « المختصين » على كلا النوعين من الاختصاص . (٢) ومن ناحية الحجية فى الإثبات ، لم يميز النص — كما ميزت المادة ٣٩١ من التقنين المدنى الجديد — بين ما يكون حجة إلى حد الطعن بالتزوير وما يجوز دحضه باثبات عكسه . وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى — *قانون البينات السورى* م ٥ : ١ — *الأسناد الرسمية* هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من أولى الشأن . ٢ — فاذا لم تستوف هذه الأسناد الشروط الواردة فى الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الاسناد العادية ، بشرط أن يكون ذوو الشأن قد وقعوا عليها بتواقيعهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادتين ١٣١٧ و١٣١٨ (١) .

= التقنين المدنى العراقى م ٤٥٠ : « ١ — السندات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه . ٢ — فاذا لم يكتسب السند صفة رسمية ، فلا يكون له إلا قيمة السند العادى متى كان ذوو الشأن قد وقعوه بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم » .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى : م ١٥٤ : « السند الرسمى هو مخطوطة ثبوتية صادرة عن مأمور رسمى ذى صلاحية ، وموضوعة وفاقاً للقواعد المقررة . أما إطلاق الصفة الرسمية على السند أو عدم إطلاقها عليه فيخضع لقانون المحل الذى أنشىء فيه السند » — م ١٥٥ : « إن السند الرسمى المنشأ خلافاً لقواعد الاسناد الرسمية لوجود عيب فى شكله أو لعدم صلاحية المأمور الرسمى ، يعد كسند ذى توقيع خاص إذا كان محتوياً على تواقيع جميع المتعاقدين ذوى الشأن وإن لم تراع فيه القواعد المنصوص عليها فى المادتين ١٤٦ و ١٤٧ .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٧٧ : « ١ — الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو ماتلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه ٢ — فاذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو ببصمات أصابعهم . وينبغى لإثبات صحة بصمة الأصبع أن توضع بحضور شاهدين يوقعان على الورقة » .

ويلاحظ أن نصوص التقنينات المدنية العربية تكاد تكون متفقة ، حتى فى اللفظ ، مع نص التقنين المدنى المصرى . فأحكامها جميعاً واحدة . إلا أن التقنين اللبنانى ، وهو يشترط فى المادتين ١٤٦ و ١٤٧ تعدد النسخ الأصلية فى العقود الملزمة للجانبين ووضع عبارة (صالح لأجل ....) فى العقود الملزمة لجانب واحد على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، يميز تبعاً لذلك فى السند الرسمى الباطل ما إذا كان البطلان راجعاً لوجود عيب فى الشكل أو لانعدام الاختصاص المكانى فيصلح سنداً عرفياً إذا كان موقعاً عليه ، أو كان البطلان راجعاً لغير ذلك من الأسباب فلا يصلح سنداً عرفياً . وسيأتى تفصيل ذلك فى مكانه . كما يلاحظ أن التقنين الليبى يشترط لإثبات صحة بصمة الأصبع أن توضع بحضور شاهدين يوقعان على الورقة ، ويشترط هذا الشرط فى الورقة الرسمية ، دون الورقة العرفية (انظر المادة ٣٨١ ليبى) . ثم ان التقنين الليبى لا يعتد بالختم كما تعتد به التقنينات العربية الأخرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣١٧ : « الورقة الرسمية هى التى تلقاها ، وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة ، موظف عام له حق التوثيق فى الجهة التى كتبت فيها الورقة » . م ١٣١٨ : « الورقة التى لم تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو عدم أهليته أو لعيب فى الشكل ، تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من الطرفين » .

وهذه هى نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى أصلها الفرنسى :

Art. 1317 : L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte à été rédigé, avec les solennités requises. Art. 1318 : L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

ويتبين من نص المادة ٣٩٠ من التقنين المدنى المصرى أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها لتكون الورقة الرسمية صحيحة [١] .

(أولا) أن يقوم بكتابة الورقة أو بتلقيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

(ثانياً) أن يكون هـذا الموظف أو الشخص مختصاً من حيث الموضوع (فى حدود سلطته) ومن حيث المكان (فى اختصاصه) .

(ثالثاً) أن يراعى فى توثيق الورقة الأوضاع التى قررها القانون [٢] .

ونتناول بالبحث كلا من هذه الشروط الثلاثة ، ثم نبحث جزاء الإخلال بأى منها .

المبحث الأول

صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٧١ — كيف تصدر الورقة الرسمية ونوعا البيانات التى تتضمنها :

تقول المـادة ٣٩٠ ان الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وترجمت هذه

(١) جاء فى الموجز للمؤلف مايأتى : « ونلاحظ من الآن أن هناك فرقاً بين الورقة الرسمية ، وهى الورقة التى تتوافر فيها الشروط الثلاثة المتقدمة ، والورقة المسجلة ، وهى ورقة أعلنت للناس من طريق حفظها فى سجل خاص وإعطاء صور منها لمن يريد الاطلاع عليها طبقاً للأوضاع المقررة . وينبغى ألا نخلط الرسمية بالتسجيل . فالرسمية لاستيفاء الشكل أو للزيادة فى قوة الإثبات . أما التسجيل فللإعلان والشهر . وقد تـكون هناك ورقة رسمية غير مسجلة كتوكيل رسمى ، كما قد تكون هناك ورقة عرفية مسجلة كعقد بيع عرفى مسجل . والرسمية لا تغنى عن التسجيل ، فاذا كتب عقد البيع فى ورقة رسمية ، فلا بد من تسجيله أيضا حتى ينقل الملـكية» . (الموجز ص ٦٥٦ هامش رقم ١) .

(٢) وتضيف الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى هذه الشروط شرطين آخرين : (ا) أن يكون الموظف العام ، وهو يكتب الورقة الرسمية ، له حق مباشرة وظيفته ، فلا يجوز أن يكون معزولا أو موقوفا أو أن يكون قد حل أحد محله . وهذا الشرط مفهوم بداهة من « صفة الموظف العام» . (ب) أن يكون الموظف العام أهلا ، ويكون غير أهل إذا كانت له مصلحة شخصية فى الورقة . وهذا أيضا شرط مفهوم ضمنا ويدخل فى شروط « الموظف العام » (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٧ ص ٨٦٩) .

العبارة الأخيرة ، فى الترجمة الفرنسية التى قامت بها وزارة العدل للتقنين المدنى الجديد ، على الوجه الآتى :

"... constate... des faits qui ont eu lieu en sa présence ou des déclarations à lui faites par les intéressés ".

ومعناها : « ... يثبت ... الوقائع التى حدثت فى حضوره والأقوال التى ألقيت إليه من ذوى الشأن » .

فالورقة الرسمية يكون صدورها إذن من الموظف العام بأن يكون هو الذى يحررها . وليس من الضرورى أن تكون مكتوبة بخطه ، بل يكفى أن يكون تحريرها صادراً باسمه . ويجب على كل حال أن يوقعها بامضائه .

ويثبت فيها نوعين من البيانات : (١) ما تم على يديه . أى أنه يثبت فى الورقة الرسمية جميع الوقائع التى وقعت تحت نظره وبمشهد منه خاصة بالتصرف الذى يوثقه . فيثبت حضور ذوى الشأن ، وما قام به كل منهم كأن يكون المشترى مثلا سلم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق ، وحضور الشهود أمامه مع ذكرهم بأسمائهم ، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية ، وتلاوته الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها مع بيان الأثر القانونى المترتب عليها ، وقيام ذوى الشأن والشهود بتوقيعها ، وغير ذلك من الوقائع التى تمت بمحضر منه وتحت بصره . (٢) ماتلقاه من ذوى الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات فى شأن التصرف القانونى الذى تشهد به الورقة ، أى ماوقع تحت سمعه . فالبائع مثلا قرر أنه باع عيناً بحدود معينة بثمن معين وتعهد بالتزامات معينة ، وقرر المشترى أنه قبل شراء هذه العين بهذا الثمن وأنه من جهته تعهد بالتزامات معينة ، وهكذا .

وسنرى فيما يلى أن التمييز بين هذين النوعين من البيانات — ما وقع تحت بصره وما وقع تحت سمعه — له أهمية كبيرة من ناحية حجية الورقة الرسمية ، فالنوع الأول له حجية مطلقة إلى حد الطعن بالتزوير ، والنوع الثانى يجوز دحض وصحته باثبات العكس .

٧٢ — موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة : والموظف العام هو شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها ، سواء آجرته على هذا العمل كالموثق ، أو لم تؤجره كالعمدة .

ويتنوع الموظفون العـامون بتنوع الأوراق الرسمية . فالموظف الذى يقوم بتحرير التصرفات هو المأمور الرسمي أو الموثق ، والموظف الذى يقوم بكتابة الأحكام هو القاضي ، والموظف الذى يثبت ما يدور فى جلسة القضاء من إجراءات ومرافعات هو كاتب الجلسة ، والموظف الذى يقوم باعلان أوراق المرافعات المختلفة وتنفيذ الأحكام والأوراق الرسمية هو المحضر .

ويبقى الموظف عاماً حتى لو كان يعمل فى إدارة حكومية يقوم عادة بعملها الشركات فى البلاد الأخرى ، كمصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد . ويترتب على ذلك أن أوراق النقل الخاصة بمصلحة السكك الحـديدية وحوالات البريد تعتبر أوراقاً رسمية ، ويكون التزوير فيها جناية لا جنحة . وكذلك حال الموظفين الذين يعملون فى إدارة الأموال الخاصـة للدولة (مصلحة الأملاك) ، فتعتبر الأوراق التى يكتبونهـا أوراقاً رسمية . وموظفو وزارة الأوقاف والأشخاص المعنوية العامة الأخرى كالجامعات ودار الكتب ومجالس المديريات والمجـالس البلدية والقروية ، كل هؤلاء يعتبرون موظفين عامين .

وليس من الضرورى أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظفاً عاما ، بل يكفى أن يكون مكلفاً بخدمة عامة ، وهذا تعديل فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أجرته لجنة المراجعة . فالمأذون يقوم بتحرير عقود الزواج وإشهادات الطلاق . والخبير يقوم بتحرير محضر بأعماله وتقرير يقدمه عن المهمة التى انتدب لها ، وكذلك القسيس فيما يتعلق بزواج المسيحيين ، وقضاة المجالس الملية وكتبتها فيما يتعلق بأحكام هذه المجالس وبمحاضر جلساتها . وهؤلاء ليسو موظفين عامين ، ولـكنهم أشخاص مكلفون بخدمة عامة .

٧٣ — الموظفون العامون الذين كانوا يقومون بالتوثيق قبل النظام الحالى : أنشىء النظام الحالى للتوثيق فى مصر بمقتضى قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، وعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ . وقبل أن نبسط أحكام هذا القانون ، نذكر فى إيجاز من هم الموظفون العامون الذين كانوا يقومون بالتوثيق فى مصر قبل النظام الحالى ، أى إلى آخر شهر ديسمبر سنة ١٩٤٧ . كان المنوط به القيـام بتوثيق العقود والأوراق الرسمية فى مصر جهات ثلاثاً :

(١) كتاب المحاكم المختلطة الكلية : وكانوا يعتبرون بمثابة موثقين للعقود ويسمون (greffiers-notaires) فيوثقون جميع أنواع التصرفات . ويستوى أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو الأجانب ، إذ كان اختصاص المحاكم المختلطة يمتد إلى الفريقين . والصيغة التنفيذية التى كان قلم كتاب المحكمة المختلطة يضعها على الورقة الرسمية يجعلها صالحة للتنفيذ على المصريين والأجانب جميعاً . فاذا كان التنفيذ على مصريين قام به محضر من المحاكم الوطنية . وإن وجد صالح أجنبي قام بالتنفيذ محضر من المحاكم المختلطة .

(٢) قضاة المحاكم الشرعية أو من يحيل هؤلاء القضاة عليه التوثيق من كتاب هذه المحاكم : والأوراق الرسمية التى كانت المحاكم الشرعية توثقها تسمى «إشهادات» ، وهى العقود والتصرفات التى تقرها الشريعة الإسلامية ، سواء كانت تتعلق بالأحوال الشخصية كالوصية والهبة والوقف — أما إشهادات الزواج والطلاق فكانت ولا تزال من اختصاص المأذونين الشرعيين — أو كانت تتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والقسمة والوكالة . ويستوى هنا أيضاً أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو من الأجانب . ولم تكن المحاكم الشرعية تضع الصيغة التنفيذية على ما توثقه من إشهادات إذ لم يكن بها محضرون للتنفيذ . وكانت الجهة التى تضع الصيغة التنفيذية على إشهادات المحاكم الشرعية هى المحاكم الوطنية إذا كان ذوو الشأن جميعاً مصريين ، ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحاكم . أما إذا كان بين ذوى الشأن أجنبي ، فالجهة التى كانت تضع الصيغة التنفيذية هى المحاكم المختلطة ، ويقوم بالتنفيذ محضر منها . ولا يزال ، حتى بعد نفاذ النظام الجديد ، للمحاكم الشرعية اختصاص فى التوثيق سنذكره فيما يلى .

(٣) كانت المادة ٤٧ من اللائحة القديمة لترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه « يلزم أن يكون بطرف كتبة المحاكم الابتدائية دفاتر للرهونات والتسجيل والقيد ، ويجب عليهم تحرير كافة العقود والمشارطات ، وتكون العقود التى يحررونها فى قوة العقود الرسمية ، ويحفظ أصلها بقلم كتاب المحكمة » . ولكن هذا النص لم يعمل به ، وبقى معطلا إلى أن دخل النظام الجديد للتوثيق . ولم يعين بالمحاكم الأهلية موظفون للتوثيق ولم تنظم له سجلات ، فيما عدا بعض المسائل الخاصة بقبول الإقرارات الرسمية وحق الاختصاص والشفعة . وقد جرى العمل على

توثيق أكثر التصرفات فى المحاكم المختلطة ، وتوثيق بعضها لا سيما الوقف فى المحاكم الشرعية .

٧٤ — الموظفون العامون الذين يقومون بالتوثيق فى النظام الحالى : ظهر فى العمل عيوب تعدد جهات التوثيق على النحو الذى أسلفناه . فصدر قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، بتاريخ ٢٩ يونية سنة ١٩٤٧ (الوقائع المصرية عدد ٣ يوليه سنة ١٩٤٧) ، والمعمول به من أول يناير سنة ١٩٤٨ ، يوحد جهات التوثيق ويعيد تنظيمه . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « وإذ كانت هذه الحالة [1] لم تعد موافقة لظروف العصر ، فقد اتجه الرأى من زمن إلى وضع نظام ثابت للتوثيق تتوحد به جهاته وتنتظم شؤونه على وجه يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق واستقرار المعاملات » .

وقد قضى قانون التوثيق ولائحته التنفيذية بتوحيد جميع جهات التوثيق فى جهة واحدة ، ليست هى أياً من المحاكم المتقدمة الذكر ، بل هى مكاتب مستقلة [2] تتولى توثيق المحررات التى يقضى القانون بأن يطلب المتعاقدون توثيقها .

---

(١) أى حال تعدد جهات التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق تمهيداً لهذه الإشارة ما يأتى : « ولم يغب عن المشرع المصرى ما للتوثيق من عظيم الأثر فى تثبيت المعاملات ، فقد نص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٨٨٠ على توثيق جميع الإشهادات كما نص على ذلك فى اللوائح التالية التى صدرت فى سنى ١٨٩٧ و ١٩١٠ و ١٩٣١ . ولما أنشئت المحاكم المختلطة نص فى المادة ٣٣ من لائحة ترتيبها على أن التعهدات والهبات وعقود إنشاء الرهن والعقود الناقلة للملك التى تتم أمام كاتب المحكمة الابتدائية يكون لها قوة العقود الرسمية . وأنه وإن كان التوثيق لم ينص عليه بلفظ فى هذه اللائحة ، فانه قد وضعت لتنظيم إجراءاته تعليمات لأقلام الكتاب صدر بها أمر عال فى فبراير سنة ١٨٧٦ . وجرى العمل على أن يقوم بالتوثيق أحد كتاب المحكمة . وعند إنشاء المحاكم الوطنية نص فى المادة ٤٧ من لائحة ترتيبها على أن كتاب المحاكم الابتدائية يجب عليهم تحرير جميع العقود وأن العقود التى يحررونها تكون فى قوة العقود الرسمية . ولكن هذا النص لم يجربه العمل فى الواقع إذا استثنينا ما كان من قبول الإقرارات الرسمية فى بعض حالات . وإذ كانت هذه الحال لم تعد موافقة لظروف العصر ... » .

(٢) وقد نصت المادة ١١ من قانون التوثيق على أن « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة ، ويحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها » . أما التوثيق فى المحاكم الشرعية فلا يزال باقياً فى نطاق ضيق كما سيأتى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد : « وتنص المادة الثانية عشرة (وصحتها الحادية عشرة) على إلغاء =

وتتولى توثيق جميع هذه المحررات ، عدا ما كان منها متعلقاً بالوقف (١) والأحوال الشخصية للمسلمين (٢) فيبقى توثيقها كما كان للمحاكم الشرعية (٣) . أما التوثيق المتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين فيكون مع غيره من أمور التوثيق من اختصاص هذه المكاتب الموحدة . ولكن غير المسلمين من الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق أوراقهم المتعلقة بالأحوال الشخصية بين مكاتب التوثيق أو جهاتهم القنصلية ، إذ الشكل فى قواعد القانون الدولى الخاص قد يخضع للقانون الوطنى المشترك (م ٢٠ مدنى) كما يخضع لقانون البلد الذى تمت فيه أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين (٤) .

= أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة . ولما كان المشروع قد احتفظ بالمحاكم الشرعية كجهة توثيق فى الحالات المعينة التى سبقت الإشارة إليها فى المادة الرابعة ، فقد اكتفى بأن يلغى من أقلام التوثيق من هذه المحاكم كل ما يدخل ضمن اختصاص مكاتب التوثيق الجديدة ، وبهذا يمتنع على أقلام كتاب المحاكم الشرعية توثيق أى محرر لا يدخل فى نطاق المسائل التى استبقيت لها فى هذا المشروع . وتنص المادة المذكورة على إلغاء أقلام التوثيق وإحالة أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق الجديدة ، ومن المفهوم بالبداهة أن إجراء موجب الإلغاء وتنظيم ما يتعلق به موكول إلى وزير العدل » .

(١) على أنه فيما يتعلق بالوقف وما يلحق به من تحكير فمما لا نزاع فيه أن ما كان منه ذا صفة مدنية كإجارة الوقف يوثق أمام المكاتب الجديدة (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق) . وغنى عن البيان أن اختصاص المحاكم الشرعية فى توثيق المحررات المتعلقة بالوقف قد قلت أهميته كثيراً بالغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى تباشر فيه هذه المحاكم اختصاصها التوثيقى .

(٢) وأهمها الإقرار بالنسب ونفيه . أما الزواج والطلاق وما يتعلق بهما فيوثق محرراتها المأذون الشرعى وهو تابع للمحكمة الشرعية .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التى تتولى توثيق جميع المحررات أياً كانت . إلا أنه لاعتبارات خاصة بالمحاكم الشرعية قد احتفظ المشروع بهذه المحاكم كجهة توثيق فى نطاق ضيق ، فنصت المادة (الثالثة) على إخراج المحررات المتعلقة بالوقف أو بمواد الأحوال الشخصية من اختصاص مكاتب التوثيق ، وبذلك يستمر توثيقها فى المحاكم الشرعية . والمقصود بالأحوال الشخصية فى هذا المقام هو مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بهما والإقرار بالنسب ونفيه ... » ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : « وأخيراً فان هذا المشروع وإن كان لم يوحد جهات التوثيق توحيداً كلياً للاعتبارات التى سبق بيانها ، إلا أنه قد خطا خطوة كبيرة فى سبيل هذا التوحيد ، وحقق بذلك أمنية طالما جالت فى الخواطر » .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : « وتقضى المادة =

أما الموظفون العـامون الذين يقومون بالتوثيق فى النظام الجديد فهم — عدا قضاة المحاكم الشرعية وكتبتها والمأذونين الشرعيين فيما يتعلق بالوقف والأحوال الشخصية للمسلمين ، وعدا القنصليات الأجنبية عند اختيارها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين الأجانب — موظفون معينون لهذا الغرض ، إذ تنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أن « يقوم بالتوثيق موثقون وموثقون مساعدون يعينون بقرار من وزير العدل » .

ويتبين ممـا تقدم أن الذين يقومون بالتوثيق فى مصر هم ، كقاعدة عامة ، موظفون عامون يعينهم وزير العـدل . وكانوا قبل ذلك أيضاً موظفين عامين يعينهم وزير العدل فى المحاكم المختلطة وفى المحاكم الشرعية . أما فى فرنسا فيقوم بالتوثيق طائفة تسمى « بالموثقين » (notaires) ، ولهم نظم خاصة ، وماض بعيد ، وتقاليد قوية . وهم ليسو بالموظفين الذين يتقاضون أجراً من الدولة ، بل يؤجرون على أعمالهم من أصحاب الشأن ، شأنهم فى ذلك شأن المحامين ومحضرى القضايا (avoués) وسائر أصحاب المهن المنظمة رسمياً (officiers ministériels) ، ويوجد لهم نظير فى بعض البلاد العربية يسمى بالكاتب العدل . وأقرب نظير لهم فى مصر هم المأذونون الشرعيون ، إذ لا يتقاضى هؤلاء أجراً من الدولة ، وإن كان اختصاصهم محصوراً فى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين وفى بعض نواحيها ، فيضيق اختصاصهم كثيراً بل ويختلف عن اختصاص الموثقين فى فرنسا[١] .

= المذكورة (الثالثة) بأن هذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين . إلا إنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولى الخاص » .

ويلاحظ أن توثيق الأوراق الرسمية المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غـير المسلمين فى مكاتب التوثيق لا يتعارض مع ما تستوجبه قوانين أحوالهم الشخصية من شروط أخرى لصحة تصرفاتهم فى هذه المسائل ، فتدخل الكنيسة فى عقود الزواج وعدم إباحة الطلاق أو إباحته فى حدود ضيقة يبقى معمولا به ، ولا يجوز الاكتفاء بتحرير ورقة رسمية فى مكتب التوثيق بزواج أو طلاق حتى يصح هذا أو ذاك (انظر الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٤٦ هامش رقم ٣) .

(١) ونظام الموثقين (notariat) نظام فرنسى محض . أعيد تنظيمه فى عهد الثورة بقانون ١٥ فانتوس السنة التاسعة . ولا يزال هذا القانون معمولا به حتى اليوم ، وإن كان قد عدل بقوانين ٢١ يونية سنة ١٨٤٣ و ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ و ٢١ فبراير سنة ١٩٢٦ . ومهنة التوثيق فى فرنسا مهنة منظمة تنظيماً دقيقاً وتخضع لرقابة شديدة . =

المبحث الثانى

اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان

المطلب الأول

اختصاص الموظف من حيث الموضوع

٧٥ — المقصود « بالسلطة » فى نص المادة ٣٩٠ : لا يكفى لصحة الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا

= واختصاص الموثق (notaire) الموضوعى اختصاص عام شامل . فهو وحده الذى يوثق العقود والتصرفات ما بين الأفراد . وقل أن يوثق هذه العقود والتصرفات غيره ، فقد يقع أن يسجل اتفاق ما بين خصمين أمام المحكمة فى محضر الجلسة أو يصطلح خصمان أمام قاضى المصالحات (juge de paix) فيسجل هذا الصلح فى محضره ، ولكن هذا نادر . وتنعدم أهلية الموثق إذا وقف عن عمله أو حل غيره محله . كذلك تنعدم أهليته إذا وثق ورقة له فيها مصلحة شخصية ، هو أو أحد أقاربه أو أصهاره فرعاً وأصلا ، والحواشى للدرجة الثالثة . أما الاختصاص المكانى فيتسع ويضيق بحسب الأحوال ، فن الموثقين من يتناول اختصاصه دائرة محكمة من محاكم الاستئناف ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة محكمة ابتدائية (arrondissement) ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة إحدى محاكم الصلح (canton) .

ويوثق الموثق الورقة من أصل (minute) وصور (copies) ، ويحتفظ بالأصل ويسلم الصور إلى أصحاب الشأن . وهناك نوعان من الصور : الصورة التنفيذية (grosse) وتوضع عليها الصيغة التنفيذية وتسلم للطرف الذى له مصلحة فى التنفيذ ، والصورة الأصلية (expédition) ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية وتسلم لكل ذى شأن . وهناك أوراق محدودة الأهمية ، كالتوكيلات والمخالصات بالأجرة ، تحرر من أصل (brevet) دون صور ، ويسلم الأصل لصاحب الشأن .

وجميع الأوراق الموثقة يجب تسجيلها فى خلال مدة قصيرة (١٠ أيام أو ١٥ يوماً) حتى يمتنع على الموثق تقديم تاريخها وعدم تسجيل الورقة لا يكون سبباً فى بطلانها ، بل ولا فى عدم ثبوت تاريخها ، فتاريخ الورقة الموثقة — لا تاريخ التسجيل — هو التاريخ الثابت الرسمى . ولكن يعاقب الموثق الذى لا يقوم بتسجيل الورقة ، وعقوبته الغرامة .

وللموثقين أتعاب يتقاضونها مباشرة من عملائهم ، وتحددها المراسيم .

(انظر فى نظام التوثيق فى فرنسا بودرى وبارد ٣ فقرة ٢١١٢ — فقرة ٢٢٥٨ ص ٤٦٤ — ص ٦٦١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٨ — فقرة ١٤٤٨ ص ٨٧٠ — ص ٨٨٥).

الموظف مختصاً بكتابتها من حيث الموضوع . وتشترط المادة ٣٩٠ السابق إيرادها أن يكون الموظف العام قد عمل « فى حدود سلطته واختصاصه » . وفى رأينا أن المقصود « بالسلطة » فى هذا النص جملة أمور : (١) ولاية الموظف العام من حيث قيامها (٢) أهلية الموظف العام من حيث عدم قيام مانع شخصى به يجعله غير صالح لتوثيق ورقة بالذات (٣) الاختصاص الموضوعى للموظف العام من حيث نوع الأوراق الرسمية التى يجوز له أن يقوم بتوثيقها . وهذا كله يدخل فى « سلطة » الموظف العام[1]. أما « الاختصاص» فنرى قصره على الاختصاص المكانى الذى سننتقل إليه فيما يلى [2] :

ونستعرض هذه الأمور الثلاثة متعاقبة : الولاية والأهلية والاختصاص الموضوعى .

٧٦ — الولاية : يجب أن تكون ولاية الموظف المختص قائمة [3] وقت *تحرير الورقة الرسمية . فاذا كان قد عزل من وظيفته ، أو وقف عن عمله ، أو نقل* منه ، أو حل غيره محله على أى وجه آخر ، فان ولايته تزول ، ولا يجوز له مباشرة عمله ، وتكون الورقة التى يحررها عندئذ باطلة للإخلال بشرط من شروط صحتها [4] . على أنه إذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو انتهاء الولاية ، وكان ذوو الشأن هم أيضاً حسنى النية لايعلمون بشىء من ذلك ،

---

(١) وإذا اعترض على هذا التفسير بأن النص ذكر ، إلى جانب «السلطة» ، لفظ «الاختصاص» مطلقا فيشمل كلا من الاختصاص الموضوعى والاختصاص المكانى ، كان ردنا أن إيراد النص للفظ «السلطة» متقدما على لفظ «الاختصاص» يقتضى أن يكون لكل لفظ معناه ، وسلطة الموثق فى التوثيق لا تقتصر على ولايته فحسب بل تشمل أيضا مدى هذه الولاية من حيث نوع الأوراق التى يوثقها ، فهو مسلط على توثيق أوراق رسمية معينة . ومن ثم فقد آثرنا أن ندخل الاختصاص الموضوعى للموثق تحت لفظ «السلطة» ، ونجعل لفظ «الاختصاص» مقصوراً على الاختصاص المكانى.

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات فقرة ١٠٥ — والدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٤١ .

(٣) وحتى يستطيع الموثق مباشرة ولايته فى التوثيق ، يجب عند تعيينه وقبل مباشرة أعماله أن يحلف اليمين على الوجه المبين فى المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ .

فان الورقة الرسمية التى يحررها الموظف فى هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية (١) .

وتطبيقاً لحماية الوضع الظاهر يكفى أيضاً أن يكون الموظف قد ولى وظيفته ولو فى الظاهر، حتى لو كان تعيينه فى هذه الوظيفة قد وقع مخالفاً للقانون ، فانه فى هذه الحالة يعتبر موظفاً فعلياً (fonctionnaire de fait)، أى موظفاً من حيث الواقع . ويعتبر أيضاً موظفاً فعلياً الموظف الذى عينته سلطة غير شرعية قد استقر سلطانها ، كحكومة الثورة أو حكومة دولة أجنبيـة غازية . فى جميع هذه الأحوال يكون توثيق الموظف المعين تعييناً باطلا أو المولى من قبل سلطة غير شرعية توثيقاً صحيحاً ، تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلى وهى نظرية معروفة فى القانون الإدارى (٢) .

٧٧ — الأهلية (٣) : متى ثبت للموثق الولاية على النحو المتقدم ، وجب أن يكون ، بالنسبة إلى كل ورقة رسمية يوثقهـا ، أهلا لتوثيقها . وهو فى الأصل أهل لتوثيق جميع الأوراق الرسمية التى تدخل فى اختصاصه . غير أن اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق سلبته الأهلية فى أية ورقة رسمية بالذات تكون له فيها مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيها صلة معينة من قرابة أو مصاهرة . فنصت المادة الرابعة من هذه اللائحة على أنه «لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصياً أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لغـاية الدرجة الرابعة » .

فلا يجوز إذن أن يكون الموثق نفسه طرفاً فى الورقة الرسمية التى يوثقها ، بائعاً أو مشترياً فى عقد بيع مثلا ، أو وكيلا أو موكلا فى عقد وكالة ، أو نحو ذلك

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ هامش رقم ٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٧٠ ص ٤٣٢ وفقرة ٢١٠٧ ص ٤٦٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٧٣ ص ٤٣٤ .

(٣) نستعمل لفظ «الأهلية» هنا مسايرة للتعبير الدارج ، وإلا فقد قدمنا فى الجزء الأول من هذا الوسيط (فقرة ١٤٧) أن الأهلية بالمعنى الصحيح مناطها التمييز ، أما ما سنذكره هنا فليس إلا موانع قانونية تمنع الموثق من توثيق ورقة رسمية معينة بالذات .

ولا يجوز له ذلك لا بنفسه ولا بشخص مسخر عنه ، كأن يكون البائع أو المشترى يبيع أو يشترى لحسابه ولو بغير توكيل ظاهر . ولا يجوز بوجه عام أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة التى يوثقها ، كأن يكون شريكاً لذوى الشأن فى الصفقة التى تثبتها الورقة الموثقة (١) ، فان المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية ، عند ما سلبته الأهلية فى الحالات التى نصت عليها ، كان ذلك « لرفع مظنة المحاباة أو التأثير فى إرادة أحد المتعاقدين » كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة ، ومظنة المحاباة أو التأثير قائمة إذا وجدت للموثق فى الورقة التى يوثقها مصلحة شخصية مباشرة . وجزاء ذلك بطلان الورقة الرسمية ، حتى فى الأجزاء التى لا مصلحة للموثق فيها .

كذلك لا يجوز أن يكون بين الموثق وأصحاب الشأن صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، دفعاً لمظنة المحاباة أو التأثير . فلا يجوز للموثق أن يوثق بيعاً مثلا يكون فيه البائع أو المشترى فرعاً أو أصلا له لغاية الدرجة الرابعة ، بدخول الغاية ، أو يكون أخاً أو أختاً أو فرعاً لأيهما لغاية الدرجة الرابعة ، أو يكون عماً أو عمة أو خالا أو خالة أو ولداً لأيهم كذلك . ومثل القرابة المصاهرة . فلا يجوز أولا — ولو من غير نص صريح فى المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق — أن يوثق الموثق لزوجته أو لزوجه . ثم لا يجوز له بعد ذلك أن يوثق لأحد من أقارب زوجته أو زوجه لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذى قدمناه ، لقيام صلة المصاهرة بين الموثق وهؤلاء (٢) .

---

(١) كما لا يجوز له أن يوثق أوراقا رسمية لشركة مساهمة يحمل عدداً كبيراً من أسهمها ، ولا أن يكون كفيلا أو وكيلا لأحد ذوى الشأن فى الورقة التى يوثقها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٤٠) .

(٢) وقد يتم التعاقد بوكيل ، وتنص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه «إذا تم التعاقد بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا يجاوز حدود الوكالة» . ولكن يصح أن يكون الوكيل ممن تربطه بالموثق صلة القرابة أو المصاهرة ، ولو للدرجة الرابعة ، ولا تكون الورقة الرسمية باطلة لهذا السبب . ويختلف هذا الوضع عن الوضع الذى يكون فيه الموثق نفسه وكيلا عن أحد ذوى الشأن ، فقد قدمنا أن الورقة الرسمية تكون باطلة فى هذه الحالة لوجود مصلحة شخصية للموثق . وغنى عن البيان أن الورقة لا تكون باطلة إذا ربط الوكيل بأصحاب الشأن رابطة قرابة أو مصاهرة ولو للدرجة الرابعة .

وتنص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة » . فيجب إذن ألا يكون بين الموثق وشاهدى الورقة الرسمية صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذى قدمناه فيما يتعلق بأصحاب الشأن فى الورقة الرسمية ، فهم والشاهدان من هذه الناحية بمنزلة سواء[1] . ولكن لا يشترط انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة فيما بين الشاهدين نفسيهما .

٧٨ — **الاختصاص الموضوعي** : ويجب أن يكون الموثق مختصاً من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التى يقوم بتوثيقها . والموثق ، طبقاً للمادة الأولى من قانون التوثيق ، مختص بتوثيق جميع المحررات التى يقضى القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها . فكل تصرف قانونى يشترط القانون فيه ورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمي ، يختص الموثق بتوثيقه . وكذلك جميع التصرفات القانونية التى لا يشترط فيها القانون ورقة رسمية ، بل تكون تصرفات رضائية ويجوز إثباتها فى ورقة عرفية ، كالبيع والإيجار والوكالة والقسمة والصلح ، يجوز لأصحاب الشأن إثباتها فى ورقة رسمية ، وعندئذ يكون الموثق مختصاً بتوثيقها . ولا يخرج من الاختصاص الموضوعى للموثق إلا الوقف والأحوال الشخصية للمسلمين فهذه يكون التوثيق فيها من اختصاص المحاكم الشرعية

---

(١) وتقضى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق بجواز الاكتفاء بالشاهدين اللذين يعرفان شخصية أصحاب الشأن (انظر المادة السابعة من اللائحة وسيأتى ذكرها) ، فيكونان شاهدى معرفة وفى الوقت ذاته شاهدين فى الورقة الرسمية ، متى توافرت فيهما الشروط المبينة فى الفقرة الأولى من المادة الثامنة . وبديهى أن من هذه الشروط انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة . وينبنى على ذلك أن شاهدى المعرفة ، وإن كانا فى الأصل لا يشترط فيهما انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة ، لكن إذا كانا فى الوقت ذاته شاهدى الورقة الرسمية فإن انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة يصبح عندئذ شرطا فيهما .

هذا وجزاء عدم أهلية الشهود بطلان الورقة الرسمية ، ما لم يصححها المبدأ القاضى بأن الغلط الشائع ينشىء الحقوق (error communis facit jus) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٤٥ ص ٨٨٠ — ص ٨٨١) .

قضاة وكتبة ومن اختصاص المأذونين كما سبق القول ، وإلا الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين فهذه يكون التوثيق فيها جوازاً لا وجوباً من اختصاص القنصليات الأجنبية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز ، وفقاً لقواعد الاختصاص الموضوعى ، أن يوثق القاضى الشرعى عقد بيع ، ولا المأذون عقد هبة ، ولا الموثق حجة وقف .

وفى الحدود المتقدمة الذكر يقوم الموثق ، فيما يتعلق بتوثيق الأوراق الرسمية ، بما يأتى : (١) تلقى المحررات وتوثيقها (٢) إثباتها فى الدفاتر المعدة لذلك (٣) حفظ أصولها ، وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها ، وإعطاء ذوى الشأن صورها ، وإعداد فهارس لها (٤) وضع الصيغة التنفيذية على صور المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ [١] .

المطلب الثانى

اختصاص الموظف من حيث المكان

٧٩ — الاختصاص المكانى : ولا يكفى أن يكون الموثق مختصاً من حيث الموضوع ، بل يجب أيضاً أن يكون مختصاً من حيث المكان . وقد نصت المادة الرابعة من قانون التوثيق على أنه « لا يجوز للموثق أن يباشر عمله إلا فى دائرة اختصاصه » . فلكل مكتب للتوثيق دائرة معينة يقوم فى حدودها الموثقون ومساعدوهم المعينون فى هذا المكتب بتوثيق الأوراق الرسمية التى يطلب إليهم توثيقها .

ونبادر إلى القول بأن هذا الاختصاص المكانى إنما يقيد مكتب التوثيق وحده ، أى أن الموثقين ومساعديهم الملحقين بمكتب معين لا يجوز لهم مباشرة عملهم خارج دائرة اختصاصهم . ولكن أصحاب الشأن ممن يطلبون توثيق

---

(١) انظر المادة الثانية من قانون التوثيق . ويختص الموثق أيضا ، بمقتضى هذه المادة ، فى غير التوثيق ، بما يأتى : (١) التصديق على توقيعات ذوى الشأن فى المحررات العرفية (٢) إثبات تاريخ المحررات العرفية (٣) إعطاء الشهادات بحصول التصديق على التوقيعات أو إثبات التاريخ فى المحررات العرفية .

أوراقهم غير مقيدين بدائرة اختصاص معينة ، فيجوز لشخص مقيم بأسوان أن يطلب إلى مكتب للشهر فى القاهرة أو فى طنطا أو فى أية جهة أخرى توثيق أية ورقة رسمية يريد توثيقها . فالقيد المكانى يرد إذن على مكاتب التوثيق ولا يرد على أصحاب الشأن . فلا يجوز لموظفى مكتب للتوثيق أن يوثقوا ورقة رسمية إلا فى الدائرة المكانية لاختصاصهم . بل يجب أن يكون التوثيق فى مكتب التوثيق بالذات ، وفى مواعيد العمل الرسمية ، إلا إذا كان أحد أصحاب الشأن فى حالة لا تسمح له بالحضور إلى المكتب ، فيجوز عندئذ للموثق أن ينتقل إلى محل إقامته لإجراء التوثيق وذلك بعد دفع الرسم المقرر للانتقال ، وعليه إثبات هذا الانتقال فى الدفاتر المعدة لذلك[١] .

٨٠ — انتشار مكاتب التوثيق فى أنحاء البلاد : ومكاتب التوثيق ، وفقاً للنظام الجديد ، منتشرة فى جميع أنحاء الدولة . ولكل مكتب منها دائرة معينة لاختصاصه المكانى . ويعين عدد هذه المكاتب ومقر كل منها واختصاصه المكانى بقرار من وزير العدل[٢].

وقد صدر فعلا قرار من وزير العدل فى ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧ — عمل به من أول يناير سنة١٩٤٨ تاريخ تنفيذ قانون الشهر — يقضى بانشاء مكاتب للتوثيق فى جميع عواصم المديريات والمحافظات [٣] ، ويتناول اختصاص كل مكتب منها المديرية أو المحافظة التى تقع فى دائرتها[٤] .

---

(١) انظر المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق — وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق ، فى شأن تقييد الاختصاص المكانى لمكاتب التوثيق دون أصحاب الشأن ، ما يأتى : « ولابد من التنبيه هنا إلى أنه لم يرد بتحديد اختصاص كل مكتب إجبار ذى الشأن على أن يتقدم بمحرره إلى مكتب بعينه ، بل إن له أن يتقدم به إلى أى مكتب يشاء لتوثيقه . وإنما أريد من هذا التحديد منع الموثق فى أحد المكاتب من أن يباشر مأمورية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب » .

(٢) انظر المادة الأولى من قانون التوثيق .

(٣) وقد أنشىء ، بمقتضى المادة الأولى من القرار الوزارى المشار إليه ، مكاتب للتوثيق فى العواصم الآتية : أسوان — الأقصر — سوهاج — أسيوط — المنيا — الفيوم — بنى سويف — الجيزة — القاهرة — بنها — شبين الكوم — طنطا — المنصورة — الزقازيق — دمنهور — الإسكندرية — بور سعيد — دمياط — السويس .

(٤) انظر المادة الثانية من القرار الوزارى الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق .

ثم أنشىء لكل مكتب منها فروع فى مختلف الجهات التى بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقارى(١).

فأصبح الاختصاص المكانى لكل مكتب للتوثيق ، بفضل هذا التنظيم ، محدداً معروفاً . وأصبحت هذه المكاتب وفروعها منتشرة فى كل مكان وجد فيه سابقاً قلم للتوثيق « حتى لا يتكبد جمهور المتعاملين مشقة فى الانتقال إلى المكتب الواقع فى عاصمة المديرية لإجراء ما كان يتم فى المحاكم الجزئية أو الشرعية فى المراكز وامتنع عليها إجراؤه اعتباراً من تاريخ تنفيذ النظام الجديد » (١) .

---

(١) وقد أنشىء ، بمقتضى المادة الثالثة من القرار الوزارى الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق ، فروع ثلاثه لمكتب القاهرة : فرع السيدة زينب (أقسام باب الشعرية والخليفة والوايلى ومصر القديمة والسيدة والبلاد التابعة فيما يتعلق بالشهر لمحافظة القاهرة من مركز الجيزة الواقعة شرق النيل) — فرع مصر الجديدة (مصر الجديدة ومنشية البكرى ونواحى كفرفاروق والمطرية والقبة) فرع شبرا (قسما روض الفرج وشبرا ونواحى منية السيرج وجزيرة بدران والأميرية والزاوية الحمراء والوايلى الصغرى والوايلى الكبرى) . ولم ينشأ فى الاسكندرية والمحافظات الأخرى فروع لمكاتبها . أما عواصم المديريات فقد أنشىء لمكتب كل عاصمة فروع فى المراكز التى بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقارى . فأنشئت فروع فى الدر وأدفو لمكتب أسوان ، وفى أسنا وقوص وقنا ودشنا ونجع حمادى لمكتب الأقصر ، وفى البلينا والمنشاة وجرجا وأخميم وطهطا وطما لمكتب سوهاج ، وفى البدارى وأبى تيج وأبنوب ومنفلوط وديروط وملوى لمكتب أسيوط ، وفى أبى قرقاص وسمالوط وبنى مزار ومغاغة والفشن لمكتب المنيا ، وفى أطسا وسنورس وأنشواى لمكتب الفيوم ، وفى ببا وأهناسيا الجديدة والواسطى لمكتب بنى سويف ، وفى الصف والعياط وإمبابة لمكتب الجيزة ، وفى شبين القناطر وقليوب وطوخ لمكتب بنها ، وفى منيا القمح وأبى حماد وبلبيس وههيا وكفر صقر وفاقوس لمكتب الزقازيق ، وفى أجا وميت غمر والسنبلاوين ودكرنس والمنزلة وفارسكور لمكتب المنصورة ، وفى أشمون ومنوف والشهداء وتلا وقويسنا لمكتب شبين الكوم ، وفى المحلة الكبرى وزفتى والسنطة وسمنود وبيلا وكفر الزيات ودسوق وفوة وطلخا وشربين وبلقاس لمكتب طنطا ، وفى كوم حمادة وايتاى البارود والدلنجات وشبراخيت وأبى حمص والمحمودية وكفر الدوار ورشيد وأبى المطامير لمكتب دمنهور .

ويلاحظ أنه منذ صدور القرار الوزارى بإنشاء مكاتب التوثيق (فى ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧) أنشئت مديريتان جديدتان ، إحداهما بالوجه البحرى وهى مديرية الفؤادية والأخرى بالوجه القبلى وهى مديرية الفاروقية ، وقد ترتب على إنشائهما تعديل فى التنظيم المتقدم.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقرار الوزارى الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق .

المبحث الثالث

مراعاة الأوضاع التي قررها القانون

٨١ — الأوضاع والاجراءات التي قررها قانون التوثيق ولائحته التنفيذية : لما كان التوثيق فى مصر ، فى الكثرة الغالبة منه ، تقوم به مكاتب التوثيق ، فنبسط هنا الأوضاع والإجراءات التى قررها قانون التوثيق ولائحته التنفيذية فى توثيق الأوراق الرسمية (١) .

---

(١) أما الأوضاع والإجراءات التى جرت – ولا تزال تجرى عليها – المحاكم الشرعية ، وكذلك الأوضاع التى كانت المحاكم المختلطة تجرى عليها ، فقد أوردنا بصددها فى الموجز ما يأتى : « فالأوضاع التى تجرى عليها المحاكم الشرعية مبينة فى لائحة ترتيبها . وتتلخص فى أن الإشهادات (أى العقود الرسمية) تكتب فى دفاتر معدة لذلك تسمى بالمضابط . ويعرض الكاتب صيغة الإشهاد على من باشره من القضاة أو على من أذنه بمباشرته منهم . وبعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يضع كل من ذوى الشأن والشهود إمضاءه أو ختمه على المضبطة ، وكذلك يفعل من باشر الإشهاد من القضاة وكاتب الإشهاد . ثم ينقل الإشهاد حرفياً فى دفتر آخر يسمى السجل ، ويوقع عليه الناقل . ومن هذا السجل تحرر الحجج الشرعية » . « أما الأوضاع التى تجرى عليها المحاكم المختلطة فبينة فى المواد ١٢٤ إلى ١٣٦ من التعليمات الصادر بها الأمر العالى فى ٢٧ يناير سنة ١٨٧٦ . وتتلخص فى أن العقد الرسمى يجب أن يحتوى على ذكر التاريخ والمحل الذى كتب فيه والموظف الذى قام بكتابته وأسماء المتعاقدين وشهود العقد وشهود المعرفة ، ثم تكتب وقائع العقد ، ويوقع عليه ذوو الشأن من أطراف وشهود ومترجم وكاتب . وقد جرت العادة أن يكتب المحامون العقود الرسمية مقدماً ، ويكتفى الموظف الرسمى بتلاوة ما أعده المحامون من ذلك على ذوى الشأن وإتمام ما ينقص من الأوضاع . فإذا ما تمت كتابة العقد على النحو المتقدم ، احتفظ بالأصل فى قلم كتاب المحكمة ، ويعطى للأطراف صور منه » . (الموجز للمؤلف ص ٦٥٨ – ص ٦٥٩ وانظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء أول ص ١٢٧ – ص ١٤١) . وغنى عن البيان أن الأوراق الرسمية التى وثقت قبل نفاذ قانون التوثيق تسرى عليها النظم التى كانت موجودة وقت توثيقها ، وهى ما قدمناه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٧ – ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥ – ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٢ – ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢) – وقد كانت المحاكم المختلطة توثق الأوراق الرسمية باحدى اللغات القضائية التى كانت مقررة ، وبخاصة اللغة الفرنسية .

ويمكن تقسيم هذه الأوضاع والإجراءات إلى مراحل ثلاث:

(المرحلة الأولى) مرحلة ما قبل التوثيق : دفع الرسم والتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم .

(المرحلة الثانية) مرحلة التوثيق : ما يراعى فى كتابة الورقة الرسمية والشهود وتلاوة الورقة وتوقيعها .

(المرحلة الثالثة) مرحلة ما بعد التوثيق : حفظ الأصول وتسليم الصور .

٨٢ — مرحلة ما قبل التوثيق : لا يقوم الموثق بتوثيق ورقة رسمية إلا إذا دفع الرسم المستحق عنها (م ٣ لائحة تنفيذية) . فاذا ما دفع الرسم وجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالغين عاقلين معروفين له ، أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمستند رسمى (م ٧ لائحة تنفيذية) ، وذلك تحاشياً للتلاعب وتفادياً من وقوع التزوير ما أمكن (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) . ثم يجب بعد ذلك أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم . وله أن يطلب — إثباتاً لأهلية المتعاقدين — تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو أى مستند آخر (م ٥ لائحة تنفيذية) . والمقصود بالأهلية هنا البلوغ والعقل وعدم وجود مانع قانونى لدى أحد المتعاقدين ، كأن يباشر وصى أو قيم التعاقد على مال قاصر أو محجور عليه بدون إذن فى ذلك من الجهة المختصة (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) . وإذا تم التعاقد بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الورقة المطلوب توثيقها لا يجاوز حدود الوكالة (م ٦ لائحة تنفيذية) .

فاذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين ، أو إذا كانت الورقة الرسمية المطلوب توثيقها ظاهرة البطلان كما إذا كانت تثبت بيعاً على أرض موقوفة وقفاً خيرياً ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يعيد الورقة إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب (م ٦ قانون التوثيق) . ولا شك أن منح الموثق هذه السلطة من مقتضيات ما توخاه قانون التوثيق من ضبط المحررات ومراعاة صحتها والدقة فيها ، لما تتمتع به من خصائص ومميزات . ولا يتحقق ذلك إذا كانت وظيفة الموثق تنحصر فى تلقى إرادة ذوى الشأن ، دون التأكد منها

أو مراجعتهم فيها (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق). ولمن رفض توثيق ورقته أن يتظلم إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه. ويكون التظلم بعريضة يبين فيها أوجه تظلمه. وله أن يطعن فى القرار الذى يصدره قاضى الأمور الوقتية أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية. وقرار القاضى باجراء التوثيق أو رفضه وكذلك قرار غرفة المشورة فى هذا الشأن لا يحوز أحدهما حجية الأمر المقضى فى موضوع المحرر (م ٧ قانون التوثيق)(١).

٨٣ — مرحلة التوثيق : فاذا تم التثبت من أهلية ذوى الشأن ورضائهم على الوجه المبين فيما تقدم، انتقل الموثق إلى توثيق الورقة الرسمية ذاتها. ويجب أن تكون مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط، وذلك لإبعاد كل شبهة عن المحرر، وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذفاً فيجب ذكر ذلك فى آخر المحرر موقعاً عليه من ذوى الشأن والموثق. والغالب أن تكون الورقة قد كتبت مقدماً بوساطة ذوى الشأن أو وكلائهم من المحامين، ويكتفى الموثق بمراجعتها وتلاوتها والاستيقاع والتوقيع عليها كما سيأتى.

أما البيانات التى تتضمنها الورقة فهى نوعان : (أولا) البيانات الخاصة بموضوع الورقة، أى البيانات الخاصة بالبيع أو الرهن أو الوكالة أو غير ذلك من التصرفات التى قصد إثباتها فى الورقة. (ثانياً) البيانات العامة التى يجب ذكرها فى كل ورقة رسمية أياً كان موضوعها، وهذه هى :

(١) ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق ويكون ذلك بالأحرف (٢) اسم الموثق ولقبه ووظيفته (٣) بيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى

---

(١) بل يجوز تجديد طلب التوثيق متى زال السبب الذى منع من قبوله (انظر الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٥١ هامش رقم ١). أو يقال إن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى فى موضوع التصرف، فيجوز الاحتجاج أمام محكمة الموضوع بتوافر الأهلية أو بقيام الرضاء أو بصحة التصرف رغماً من حكم قاضى الأمور الوقتية أو غرفة المشورة بعدم توافر الأهلية أو بعدم قيام الرضاء أو ببطلان التصرف، لأن هذا الحكم إنما هو حكم فى مسألة عاجلة، هى جواز التوثيق أو عدم جوازه، ولا أثر له فى الموضوع.

المكتب أو فى أى مكان آخر (٤) أسماء الشهود[١] (٥) أسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم ، وأسماء وكلائهم ، ومن تقضى الحال بوجودهم للمعاونة فيما إذا كان أحد ذوى الشأن ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم إذ يجب فى هذه الحالة على الموثق أن يتأكد من استعانته بمعين يوقع المحرر معه[٢] .

ويجب أن تكون الورقة مكتوبة باللغة العربية . فاذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أو لا يعرفها معرفة كافية ، استعان الموثق بمترجم يقدمه المتعاقدون ويكون محل ثقتهم . ويجب أن يوقع المترجم الورقة مع المتعاقدين والشهود والموثق ، ويجب ذكر اسمه من بين من تقضى الحال بوجودهم للمعاونة[٣] .

---

(١) وتنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه «يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالغين عاقلين معروفين له أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمستند رسمى» . وتنص المادة ٨ من اللائحة على أنه « لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملى الأهليـة مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة . ويجوز للموثق أن يكتفى بالشاهدين المنصوص عليهما فى المادة السابقة متى توافرت فيهما هذه الشروط . وعلى الشاهدين أن يوقعا المحرر مع أصحاب الشأن والموثق » والحكمة فى هذا ظاهرة ، وهى أن يكون هناك شاهدا عدل إذا ما أثير نزاع حول العقد الذى حصل توثيقه (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية لقانون التوثيق) .

(٢) المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة فى هذا الصدد ما يأتى : « وتنص المادة الثانية عشرة على أنه إذا كان أحد المتعاقدين ضريراً أو ضعيف النظر أو أصم أو أبكم ، فعليه أن يستعين بمن يكون واسطته فى التفاهم والتعبير عن القصد الذى يرمى إليه من التعاقد ، وذلك على غرار ما ورد فى قانون المحاكم الحسبية الأخير » . ولكن يلاحظ أن قانون المحاكم الحسبية المشار إليه لا يشترط «مساعداً قضائياً» إلا لمن كان أعمى أصم ، أو أصم أبكم ، أو أعمى أبكم ، أى يكون قد جمع بين عاهتين من هذه العاهات الثلاث (المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية وانظر أيضا المادة ١١٧ من التقنين المدنى) .

(٣) المادة ١١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة فى هذا الصدد ما يأتى : «وإذ كانت اللغة العربية هى لغة البلاد الرسمية ، فقد نصت المادة الحادية عشرة على أن يكون توثيق المحررات بهذه اللغة . فاذا كان من المتعاقدين من يجهلها فليستعن بمترجم ملم بها ، على شرط أن يرتضيه الطرف الآخر حتى لا يكون ثمة مجال للطعن بوقوع تحريف فى الألفاظ والمعانى التى كانت مقصود المتعاقدين » .

فاذا تم كل ذلك ، وجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على الورقة التى توثق أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها ، وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليها دون أن يؤثر فى إرادتهم . فاذاكانت الورقة مكونة من عدة صفحات ، وجب عليه أن يرقم صفحاتها (١) .

فاذا تمت التلاوة على هذا النحو ، وقع الموثق هو وأصحاب الشأن والشهود — وكذلك عند الاقتضاء المترجم ومن استعان به ذو الشأن إذا كان ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم — الورقة صفحة صفحة وكذلك المرفقات (٢) .

٨٤ — مرحلة ما بعد التوثيق : وأهم ما فى هذه المرحلة هو حفظ الأصول وتسليم الصور . فيحفظ بمكتب التوثيق أصول الأوراق الرسمية التى توثق على حسب أرقامها فى ملفات خاصة بكل سنة (م ١٨ اللائحة التنفيذية) . ولا يجوز أن تنقل من مكاتب التوثيق هذه الأصول ولا الدفاتر أو الوثائق المتعلقة بها . على أنه يجوز للسلطات القضائية الاطلاع عليها . فاذا أصدرت سلطة قضائية قراراً بضم أصل ورقة رسمية موثقة إلى دعوى منظورة أمامها ، وجب أن ينتقل القاضى المنتدب إلى المكتب ويحرر بحضوره صورة مطابقة لأصل الورقة الرسمية ، ويعمل بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده (م ١٠ اللائحة التنفيذية) (٣). ويتولى المكتب إرسال صورة من كل ورقة رسمية تم

---

(١) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ، وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة فى هذا الصدد ما يأتى : «ولقد أوجبت المادة العاشرة على الموثق أن يتلو المحرر على المتعاقدين ، وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليه ، ليتبينوا بوضوح النتائج التى قد تترتب على تعهداتهم ، وذلك بالبداهة دون أن يصدر منه مايؤثر فى إرادة المتعاقدين أو مايوجههم توجيهاً لايريدونه» .

(٢) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : «وإمعاناً فى المحافظة على أصول المحررات التى توثق نصت المادة الحادية عشرة (صحتها العاشرة) على عدم جواز نقل هذه الأصول أو الوثائق المتعلقة بها أو الدفاتر الخاصة باجراء التوثيق من مكاتب التوثيق . ولا يرد على ذلك أن لهذه المحررات صوراً بالمكتب الرئيسى ، فان وجود هذه الصور لا يمكن أن يبرر أى تهاون فى المحافظة على أصول المحررات التى تحوى توقيعات ذوى الشأن والشهود والموثق لما قد تتعرض له أثناء النقل من العبث أو الضياع» .

توثيقها إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه (م ٢٠ اللائحة التنفيذية والمادة ٢ بند ٤ من قانون التوثيق) .

ولا تسلم صورة الورقة الرسمية التى تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن . ولا تنسخ الصورة لتسليمها لأصحاب الشأن إلا بعد دفع الرسم . ويوضع على هذه الصورة رقم التوثيق وتاريخه وصيغة التسليم وتاريخها ، ويوقعها الموثق ، ويوضع عليها خاتم المكتب ، ويؤشر الموثق على أصل الورقة بالتسليم ويوقع هذا التأشير (م ٨ فقرة أولى من قانون التوثيق وم ١٩ اللائحة التنفيذية) . ويجوز تسليم صورة من الورقة الرسمية للغير بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها (م ٨ فقرة ٢ من قانون التوثيق) .

وإذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ ، وسلمت منها الصورة التنفيذية ، وضع مكتب التوثيق عليها الصيغة التنفيذية (م ٢ بند ٣ قانون التوثيق) . ثم لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة (م ٩ قانون التوثيق) (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : «ولا يخفى أن العقود الموثقة هى فى الأصل خاصة بذوى الشأن فيها . ولذلك نصت المادة التاسعة (صحتها الثامنة) من المشروع على أن صور المحررات الموثقة لا تسلم إلا لهم . ولكن قد يقع أن يكون لغير ذوى الشأن صالح فى المحرر ويهمه الحصول على صورة منه ، لذلك رخصت هذه المادة للغير فى الحصول على صورة من المحرر الذى تم توثيقه بإذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها . وقررت المادة العاشرة (صحتها التاسعة) من المشروع أنه لا يجوز تسليم أكثر من صورة تنفيذية واحدة من المحرر الذى تم توثيقه إلا بعد الحصول على قرار من قاضى الأمور المستعجلة بالمحكمة التى يقع فى دائرتها مكتب التوثيق . ومرد ذلك أن صاحب الشأن يختصم فى طلب الصورة التنفيذية الثانية مكتب التوثيق ، فعليه أن يبين الأسباب التى تبرر سحب الصورة التنفيذية الثانية ويستصدر بذلك حكماً» .

هذا وقد نصت المواد من ١٤ إلى ١٦ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أن يعد بكل مكتب من مكاتب التوثيق فى عواصم المديريات والمحافظات الدفاتر الثلاثة الآتية : (١) دفتر تبين فيه من واقع الأوراق الرسمية الموثقة بعد ترقيمها بأرقام متتابعة أسماء المتعاقدين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم ومحال إقامتهم ونوع المحرر وموضوعه واسم الموثق . ويبين على أصل المحرر رقم إدراجه بهذا الدفتر . (٢) دفتر هجائى للفهارس تدرج فيه أسماء جميع أصحاب الشأن فى المحررات ورقم المحرر الخاص بهم وتاريخه . (٣) دفتر يخصص للصور تدرج فيه أرقام المحررات وتواريخها وأسماء ذوى الشأن فيها وتاريخ تسليم صورة المحرر إلى صاحبه بعد توقيعه منه .

المبحث الرابع

جزاء الاخلال بشرط من هذه الشروط

٨٥ — **الجزاء هو البطلان** : بينا فيما تقدم الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية . فاذا اختل شرط من هذه الشروط ، كانت الورقة الرسمية باطلة كورقة رسمية .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الذى قام بتوثيق الورقة ليس موظفاً عاماً ، أو كان موظفاً عاماً ولكنه عند توثيقه للورقة كان قد عزل أو وقف عن عمله أو نقل أو حل محله أحد آخر لأى سبب ، فان الورقة التى وثقها فى جميع هذه الأحوال تكون باطلة . وقد قدمنا أن الموظف الفعلى (fonctionnaire de fait) إذا وثق ورقة رسمية كان توثيقه صحيحاً وفقاً لنظرية معروفة فى القانون الإدارى . وقدمنا كذلك أن الموظف العام إذا كان قد عزل أو وقف أو نقل ولم يكن يعلم بانقطاع ولايته وقت توثيق الورقة الرسمية ، وكان أصحاب الشأن غير عالمين أيضاً بذلك أى كانوا حسنى النية ، فان الورقة تكون صحيحة .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموظف العام إذا لم تكن له سلطة فى التوثيق ، بأن كانت له مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة الموثقة ، أو ربطته بأصحاب الشأن أو بالشهود قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، أو وثق ورقة من نوع لا اختصاص له فيه ، فوثق مثلا حجة وقف كان الواجب أن يكون موثقها هو القاضى الشرعى أو كاتبه ، أو وثق القاضى الشرعى عقد بيع أو نحو ذلك ، فان الورقة تكون باطلة فى جميع هذه الأحوال . وقد رأينا فيما يتعلق برابطة القرابة أو المصاهرة أن الشهرة العامة قد يكون من شأنها تصحيح الورقة.

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموثق إذا قام بتوثيق الورقة فى غير دائرة اختصاصه المكانى ، أو فى غير مكتب التوثيق أو فى غير مواعيد العمل إلا لمانع يبرر انتقاله ، كانت الورقة باطلة [١] .

---

(١) على أنه إذا انتقل لسبب يبرر الانتقال ، ولكنه لم يثبت انتقاله فى الدفاتر المعدة لذلك ، فان البطلان لايترتب على هذا الإجراء غير الجوهرى . والعبرة بوجود المبرر للانتقال فعلا ، فان وجد كانت الورقة صحيحة ، وإلا فهى باطلة .

ويترتب على ذلك أخيراً أن الأوضاع والإجراءات الواجب مراعاتها فى توثيق الورقة إذا لم تراع كانت الورقة باطلة . ولكن هنا يجب التمييز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية وتكون هى التى جزاؤها البطلان ، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية ولا يترتب البطلان عليها . ويعتبر من الأوضاع والإجراءات الجوهرية البيانات العامة الواجب ذكرها فى الورقة الرسمية – تاريخ التوثيق واسم الموثق وأسماء أصحاب الشأن والشهود [١] – وكذلك حضور الشاهدين وقت توثيق الورقة ، وحضور المترجم عند الاقتضاء وحضور المعين بالنسبة إلى المصاب باحدى العاهات الثلاث ، وكون التوثيق باللغة العربية ، وإثبات أن الورقة الرسمية قد تليت وأن الأثر القانونى للورقة قد بين لأصحاب الشأن[٢]، والتوقيعات التى نص عليها[٣]. ولا يعتبر جوهرياً ، فلا يترتب عليه البطلان ، عدم دفع الرسم[٤]، وعدم تثبت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شاهدين أو عن طريق مستند رسمى[٥] ومجاوزة الورقة لحدود الوكالة إذا كان التعاقد بوكيل[٦]، وترقيم الصفحات صفحة صفحة[٧] . والإضافة والتحشير والكشط[٨] .

٧٦ – مايترتب على البطلان : قلنا إذا اختل شرط من شروط صحة الورقة الرسمية ترتب على ذلك بطلان الورقة . فما الذى يترتب على هذا البطلان ؟

الأصل أن الورقة الرسمية إذا كانت باطلة تكون جميع أجزائها باطلة ،

---

(١) أما ذكر أن التوثيق قد تم فى المكتب أو فى أى مكان آخر فيبدو أنه غير جوهرى .

(٢) ويكفى إثبات ذلك . فإن أنكر أحد أصحاب الشأن صحة الواقعة كان عليه أن يطعن بالتزوير . فان نجح فى الطعن اعتبرت الورقة مزورة فى هذه الواقعة ، ثم اعتبرت أيضا باطلة للإخلال بهذا الإجراء الجوهرى .

(٣) توقيعات الموثق وأصحاب الشأن والشهود والمترجم والمعين .

(٤) ولكن يبقى واجب الدفع ، ويكون ديناً للخزانة العامة .

(٥) ويكفى أن تثبت الشخصية فعلا .

(٦) ولكن إذا بقيت الورقة رسمية فى هذه الحالة ، فان التصرف القانونى يكون مع ذلك غير نافذ فى حق الموكل .

(٧) وربما أيضا توقيعها صفحة صفحة .

(٨) ولكن قد يكون هذا دليلا على تزوير الورقة .

فلا يبطل جزء ويصح جزء . فاذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة مثلا ، فان الورقة تكون كلها باطلة ولا يقتصر البطلان على الجزء الذى يثبت للموثق فيه هذه المصلحة الشخصية المباشرة . وإذا لم يوقع أحد الشهود على الورقة ، أو لم يوقع المترجم أو المعين ، ومن باب أولى إذا لم يوقع الموثق أو أحد أصحاب الشأن ، كانت الورقة كلها باطلة حتى تاريخها ، مع أن التاريخ لم يقع فيه بطلان . ومن ثم لايعتبر التاريخ ثابتاً ، بل يكون تاريخاً عرفياً لاحجية فيه على الغير .

على أنه يجب التمييز بين الورقة التى تثبت التصرف القانونى والتصرف القانونى ذاته . فاذا كانت الورقة باطلة ، فلا يستدعى ذلك حتما أن يكون التصرف القانونى باطلا . بل يبقى هذا التصرف قائماً وإن كان إثباته عن طريق الورقة الرسمية قد انعدم . وقد يصح إثباته عن طريق آخر غير الكتابة ، بل قد يصح إثباته بالورقة الرسمية الباطلة ذاتها إذا صحت كورقة عرفية على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ويستثنى مما قدمناه الفرض الذى يكون فيه التصرف القانونى شكلياً ، أى يجب لانعقاده أن يكتب فى ورقة رسمية كالهبة والرهن الرسمى ، فعندئذ تصبح الورقة الرسمية ركناً فى التصرف ، فاذا كانت باطلة بطل التصرف ذاته(١) . وكذلك الأمر فيما إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدهما بورقة رسمية إذا ما قد قصدا أن تكون الرسمية ركناً فى العقد .

وقد يقع أن الورقة الرسمية يكون ظاهرها الصحة ، ثم يطعن بالتزوير فى جزء من أجزائها ، ويتبين من إجراءات الطعن أن هذا الجزء مزور ، فهل ينبنى على ذلك أن تصبح الورقة الرسمية كلها باطلة كورقة رسمية ؟ مثل ذلك أن يذكر الموثق فى الورقة الرسمية أن المشترى دفع الثمن أمامه للبائع ، ويتبين بعد الطعن بالتزوير فى هذه العبارة أن المشترى لم يدفع شيئاً أمام الموثق . ومثل ذلك أيضاً

---

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه أن اشترط للرضا فيه شكل خاص ، فغنى عن البيان أن هذه الفقرة (وهى الفقرة التى تقضى بتحول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية) لا تنطبق على التصرفات التى تشترط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥٣) .

أن يطعن بالتزوير فى تاريخ الورقة أو فى توقيعات بعض الشهود أو بعض ذوى الشأن ، ويتبين من إجراءات الطعن بالتزوير أن هذه الاجزاء فعلا مزورة . نرى فى مثل هذه الأحوال التمييز بين ما إذا كان الجزء من الورقة الذى ثبت تزويره جوهرياً لصحة الورقة الرسمية فتكون الورقة باطلة فى جميع أجزائها ، وبين ما إذا كان هذا الجزء غير جوهرى فتبقى الأجزاء الأخرى للورقة الرسمية صحيحة ، ففى المثلين المتقدمين ، إذا ثبت تزوير العبارة التى تثبت أن المشترى دفع الثمن للبائع فان هذا الجزء وحده هو الذى يفقد قوته فى الإثبات وتبقى سائر أجزاء الورقة الرسمية صحيحة محتفظة بقوتها فى الإثبات ، أما اذا ثبت أن تاريخ الورقة أو توقيع أحد الشهود أو أحد أصحاب الشأن مزور فان هذا الجزء الذى ثبت تزويره جوهرى لصحة الورقة الرسمية ومن ثم تكون الورقة باطلة فى جميع أجزائها .

٨٧ — قيمة الورقة الرسمية الباطلة : قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ تقضى بأن الورقة إذا لم تكسب صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

والورقة لا تكسب صفة الرسمية إذا كانت باطلة لسبب من الأسباب التى قدمناها . يستوى فى ذلك ورقة لم يوقعها الموثق ، وورقة وقعها موثق مسلوب الولاية ، وورقة وقعها موثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، وهذه حالات يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة كورقة رسمية . ويستوى فى ذلك أيضاً ورقة وثقها موثق ثبتت له الولاية والاختصاص الموضوعى ولكن نقصه الاختصاص المكانى ، وورقة اختل فيها إجراء جوهرى كما إذا شهد عليها شاهد واحد لا شاهدان ، وهذه حالات لا يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة ولكنها تكون قطعاً باطلة كورقة رسمية . لم يفرق التقنين المصرى الجديد بين هذين الفرضين — فرض انعدام الورقة كورقة رسمية وفرض بطلانها — ففيهما معاً لا تكسب الورقة صفة الرسمية ، ومن ثم لا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من أصحاب الشأن . وهذا حكم بديهى فى القانون المصرى ، فان الورقة فى الاحوال التى قدمناها ، إذا كانت قد فقدت شرطاً

من شروط الصحة لقيامها كورقة رسمية ، فانها مع ذلك قد استوفت شروط الورقة العرفية . فهي ورقة مكتوبة وقعها من صدرت منه ، والتوقيع وحده كاف لصحة الورقة العرفية في التقنين المصرى ومن ثم تكون لها حجية الورقة العرفية ، فتعتبر صادرة ممن وقعها ما لم يطعن فيها بالإنكار (م ٣٩٤ مدنى) (١) . وهذا ضرب من ضروب التحول (conversion) شبيه بتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافرت فيه أركانه وشروط صحته (م ١٤٤ مدنى) ، فالورقة الرسمية الباطلة قد تحولت هنا إلى ورقة عرفية صحيحة لتوافر شروط صحة الورقة العرفية فيها . ولكن لا يكون تاريخها تاريخاً ثابتاً كما قدمنا .

هذا الحكم البديهى لم يكن فى حاجة الى نص ، فما هو الا تطبيق للقواعد العامة . ويقطع فى ذلك أن التقنين القديم لم يكن يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، ومع ذلك فقد كان الحكم فيه هو عين الحكم الذى قدمناه (٢) . وما كنا لنسهب

---

(١) على أنه إذا كانت الورقة الرسمية الباطلة صادرة من عدة مدينين متضامنين ولم يوقع عليها إلا بعض هؤلاء ، فأنها لا تصلح ورقة عرفية ، لا بالنسبة إلى من لم يوقعها لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقعها لأنه لم يوقع إلا كدين متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدينين . وتبقى الورقة باطلة فى هذه الحالة حتى لو نزل الدائن عن حقه قبل المدينين الذين لم يوقعوها . (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٤) .

وإذا كانت الورقة الرسمية الباطلة غير موقعة من المدين ، وكان بطلانها راجعاً إلى سبب غير عدم التوقيع ، فلا تكون لها قوة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق الذى قام بتوثيق هذه الورقة قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع . ذلك أن إثبات الموثق فى ورقة باطلة عجز المدين عن التوقيع لا قيمة له لبطلان الورقة ، فتصبح الورقة بمنزلة ورقة عرفية غير موقعة أصلا دون ذكر لعجز المدين عن التوقيع ، ومن ثم تنعدم حجيتها كورقة عرفية . هذا إلى أن عجز المدين عن توقيع الورقة العرفية بامضائه لا يعفيه من توقيعها بختمه أو ببصمة أصبعه كما سنرى . (أنظر فى هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات فقرة ١٣٩ — الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقره ٤٤ ص ٥٥) .

(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف عن هذه المسألة فى التقنين المصرى القديم ما يأتى : « ولكن إذا كانت الورقة الرسمية عقداً وكانت باطلة ، فقد تصلح أن تكون ورقة عرفية يصح تقديمها لإثبات هذا العقد ، ما لم تكن الرسمية شرطاً شكلياً فى الانعقاد كما هو الأمر فى الهبة والرهن . ولكن يشترط حتى تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات أن تكون هذه الورقة قد وقع عليها ذوو الشأن ، لأن التوقيع شرط فى الورقة العرفية كما سنرى . ولا يعتبر تاريخ الورقة الرسمية الباطلة تاريخاً رسمياً ثابتاً ، حتى لو صلحت هذه الورقة الباطلة أن تكون ورقة عرفية صحيحة » (الموجز فقرة ٦٢٦ ص ٦٥٩) .

فى هذه المسألة لولا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أوردت عبارات يفهم منها وجوب إعمال نوع من التميز بين الورقة الرسمية المنعدمة — حيث يكون الموظف العام غير مختص موضوعاً أو حيث تكون له مصلحة شخصية مباشرة أو حيث يكون قد أغفل التوقيع على الورقة أو نحو ذلك — وفى هذه الحال تبطل الورقة كورقة رسمية ثم لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، وبين الورقة الرسمية الباطلة — اذا لم يكن للدوثق مثلا اختصاص فى توثيقها من حيث المكان — وفى هذه الحالة تبطل الورقة كذلك كورقة رسمية ولكن تكون لها قيمة الورقة العرفية (١) .

وهذا التميز يقوم حقاً فى التقنين المدنى الفرنسى . والسبب فى ذلك أن هذا التقنين لا يكتفى فى صحة الورقة العرفية أن تكون موقعة من أصحاب الشأن ، بل يشترط فوق ذلك ، كما سنرى ، تعدد النسخ الأصلية فى العقود الملزمة للجانبين وكتابة كل الإلتزام بالحروف لا بالأرقام مع اعتماد المدين لها بخطه فى العقود الملزمة لجانب واحد . فاذا كانت الورقة الرسمية الموقع عليها من أصحاب الشأن باطلة ، لم يكن التوقيع عليها وحده كافياً لاعتبارها بمنزلة الورقة العرفية ،

(١) وهذا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « والواقع أن ما يولى القانون من سلطة خاصة للموظف العام هو عماد ما يتوافر للورقة الرسمية من قوة فى الإثبات ، وهو بذاته مناط العلة من هذه القوة . بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الإستناد إلى الورقة إذا كانوا قد عهدوا بأمرها إلى موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة للمكان ، متى كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك بناء على سبب مشروع . على أن مثل الورقة لا يكون لها إلا قيمة ورقة عرفية وفقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من المشروع . ويشترط لتطبيق هذه الفقرة : (ا) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة لطبيعتها (الإختصاص النوعى) . (ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعاً قد وقعوا على هذه الورقة بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . على أن هذا الحكم ليس إلا استثناء من نطاق القواعد العامة . ولذلك ينبغى تحامى التوسع فى تفسيره . فهو لاينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة لطبيعة الورقة (كما لو تلقى أحد المحضرين عقد بيع) ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على الورقة لأنها تكون خلوا فى هذه الحالة مما يثبت أنه تلقاها ، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع على هذه الورقة بامضائه أو ختمه أو بصمته . وهو لاينطبق كذلك إذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفاً فى التعاقد ، إذ ليس من المتصور أن يتولى الموظف العام ضبط ورقة رسمية لنفسه ، وليس للمتعاقدين فى هـذه الحالة أن يعتقدا اعتقاداً مشروعاً فى رسمية هذه الورقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٢ — ص ٣٥٣) .

إذ ينقصها شرط آخر هو تعدد النسخ أو اعتماد المدين . ومن ثم كان جعل مثل هذه الورقة الرسمية الباطلة بمنزلة الورقة العرفية لا بد فيه من نص هو الذى ينشىء لها هذه القيمة . وقد وجد فعلا هذا النص فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣١٨ على النحو الآتى : «الورقة التى لا تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو بسبب عدم أهليته أو بسبب عيب فى الشكل تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من ذوى الشأن»[1] . ولما كان هذا النص منشئاً ، فهو الذى يضفى على الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية ، ولولاه لما كانت لها هذه القيمة من تلقاء نفسها ، فقد عمد الفقه الفرنسى إلى عدم التوسع فى تفسيره ، وميز بين ورقة رسمية منعدمة[2] ، حيث لا يكون للورقة وجود أصلا فلا تصلح أن تكون ورقة عرفية [3] ، وبين ورقة رسمية باطلة[4] حيث توجد وتكون لها قيمة الورقة العرفية ، ولو أن شرط تعدد النسخ أو اعتماد المدين ينقصها ، وذلك بفضل نص المادة ١٣١٨ الذى أنشأ لها هذه القيمة .

هذا التمييز هو إذن مستساغ فى التقنين الفرنسى . ولكنه غير مستساغ فى التقنين المصرى . فقد قدمنا أن الورقة العرفية فى هذا التقنين لا يشترط فى صحتها إلا توقيع أصحاب الشأن ، دون حاجة إلى تعدد النسخ أو إلى اعتماد المدين . فمتى وجد هذا التوقيع على الورقة الرسمية الباطلة ، أيا كان سبب بطلانها ، ولو

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1318.—L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

(٢) بأن كان الموثق مثلا غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، أو كان لم يوقعها ، أو كان طرفاً فيها (أنظر تفصيل ذلك فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٥ ص ٨٩١ – ص ٨٩٣ – أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٠ – ص ١٨٣) .

(٣) إلا إذا توافرت فيها جميع شروط الورقة العرفية بأن كانت موقعة من أصحاب الشأن ، ثم تعددت نسخها الأصلية إذا كان العقد ملزماً للجانبين أو كتبت قيمة الالتزام بالحروف دون الأرقام واعتمدها المدين بخطه إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد .

(٤) بأن كان الموثق — كما تقول المادة ١٣١٨ من التقنين المدنى الفرنسى — غير مختص بتوثيقها من ناحية المكان ، أو كان غير متوافر الأهلية لتوثيقها ، او كانت تنطوى على عيب فى الشكل . ويشترط على كل حال ، لتكون لهذه الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية ، أن تكون موقعة من ذوى الشأن ، وقد نصت المادة ١٣١٨ صراحة على هذا الشرط (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٣) .

كانت ورقة رسمية منعدمة ، فقد استوفت شرط صحة الورقة العرفية وصار لها قيمتها ، لا بفضل نص منشيء كما فى التقنين الفرنسى ، بل بفضل تطبيق القواعد العامة ، وليست الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ إلا كاشفة عن هذا التطبيق ولم تكن هناك حاجة إليها كما سبق القول . فمن أين إذن أتت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا التمييز ؟ .

الواقع من الأمر أن هذا تمييز لا يستقيم فى التقنين المصرى . والمذكرة الإيضاحية فى القول به جد خاطئة . والسبب فى هذا الخطأ أن مشروعاً أولياً للتقنين المصرى فى الإثبات كان يحوى شروطاً للورقة العرفية هى نفس شروط التقنين الفرنسى . ومن ثم كان التمييز مستساغاً فى هذا المشروع الأولى كما هو مستساغ فى التقنين الفرنسى ، وقد كتبت المذكرة الإيضاحية للمشروع الأولى على هذا الأساس . ثم عدل المشروع الأولى ، ورجع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى إلى الاكتفاء بتوقيع المدين لصحة الورقة العرفية وأغفل الشرط الآخر ، فلم يعد التمييز مستساغاً فى هذا الوضع . ولكنه بقى مع ذلك بارزاً فى المذكرة الإيضاحية التى أدمجت كما هى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ، وكان ذلك سهواً ، إذ كان من الواجب حذف هذا التمييز بعد تعديل المشروع الأولى على الوجه الذى أشرنا إليه (١) .

---

(١) وقد قدمنا أن الأستاذ استنويت (Stenuit) هو الذى وضع المشروع الأولى فى الإثبات وأرفق به مذكرة إيضاحية تتمشى معه . وقد أخذ فى هذه المسألة بأحكام القانون الفرنسى ، فنص فى المادة ١٢ من مشروعه على وجوب تعدد النسخ الأصلية للورقة العرفية إذا كان العقد ملزما للجانبين ، ونص فى المادة ١٣ على وجوب كتابة القيمة واعتمادها بخط المدين إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد . ومن ثم أعمل التمييز المدون فى التقنين المدنى الفرنسى ، فنص فى المادة السادسة من مشروعه على ما يأتى : «السند الذى لم يكسب صفة الرسمية ، لعيب فى الشكل أو بسبب أن الموظف العام الذى وثقه وكانت له صفة فى توثيقه لم يكن أهلا أو لم يكن مختصا من حيث المكان ، تكون له قيمة الورقة العرفية ، ما دام يحمل جميع توقيعات ذوى الشأن من المتعاقدين أو يحمل بصمات أختامهم» . فقصر الأستاذ استنويت ، كما نرى ، منطقة تطبيق هذا النص على الورقة الرسمية الباطلة إذا كان البطلان آتيا من الإخلال بإجراء جوهرى أو من عدم أهلية الموثق أو عدم اختصاصه المكانى ، فى هذه الأحوال تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية بالرغم من أن شروط صحة الورقة العرفية لم تستوف كلها ، وهى الشروط المبينة فى المادتين ١٢ و ١٣ من مشروعه . وكان طبيعيا أن يذكر الأستاذ استنويت هذا التمييز فى =

الفرع الثانى

حجية الورقة الرسمية فى الاثبات

٨٨ – افتراض صحة الرسمية : متى كانت المظاهر الخارجية للورقة تنبيء أنها ورقة رسمية ، اعتبرت كذلك إلى أن يثبت ذو المصلحة أنها ليست لها صفة الرسمية لبطلانها أو لتزويرها ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير إلا إذا جاز إثبات البطلان عن طريق آخر .

وبذلك يتم للورقة الرسمية السليمة فى مظهرها قرينتان : قرينة بسلامتها المادية ، وأخرى بصدورها من الأشخاص الذين وقعوا عليها وهم الموظف العام وأصحاب الشأن(١) . فهى إذن ، حتى يطعن فيها بالتزوير ، حجة بسلامتها المادية وبصدورها ممن صدرت منه دون حاجة إلى الإقرار بها . وهذا على خلاف الورقة العرفية ، فسنرى أنها لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها(٢) .

لكن إذا كانت المظاهر الخارجية للورقة تدل فى ذاتها على أن بها تزويراً واضحاً كوجود كشط فيها أو حبر مختلف فى اللون أو نحو ذلك ، أو على أنها

= المذكرة الإيضاحيـة التى أعدها لهذا المشروع ، ومن ثم لا يجعل للورقة الرسمية الباطلة بسبب نعدام ولاية الموثق أو بسبب عدم توقيعه أو بسبب عدم اختصاصه الموضوعى – وهذه هى الورقة الرسمية المنعدمة فى عرف الفقه الفرنسى – أية قيمة ، حتى ولاقيمة الورقة العرفية . وأدمجت هذه *المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية دون مراعاة لما أدخل على النصوص من* تعديلات ، فأصبحت المذكرة لا تتمشى مع النصوص النهائية فى بعض المواضع ، وهذا موضع منها ننبه إليه (انظر فى هذه المسألة الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٤٤ ص٥١ – ص ٥٣) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ – ص ٨٨٧ .

(٢) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والجوهرى فى هذا الصدد أن الورقة الرسمية تكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها دون حاجة إلى الإقرار بها ، على نقيض الورقة العرفية فهى لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥) . وقد نصت المادة ١٥٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على « أن السند الرسمى الذى له شكل السند الرسمى ومظهره الخارجى يجب أن يعد رسمياً إلى أن يقوم باثبات العكس الفريق المدعى عليه بهذا السند » .

ورقة رسمية باطلة كعدم توقيعها من الموثق أو من أصحاب الشأن أو كوضوح أن الموثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها، جاز للقاضي أن يرد الورقة، باعتبارها مزورة باطلة (١) . وقد نصت المادة ٢٦٠ من تقنين المرافعات على ما يأتي : «للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو انقاصها . وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدرت عنه أو الشخص الذي حررها ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيها» (٢) .

٨٩ — مسائل ثلاث في حجية الورقة الرسمية : فاذا خلص للورقة صفتها الرسمية على النحو المتقدم ، كان لها في أصلها وفي صورها ، حجية في الإثبات إلى مدى بعيد ، فيما بين الطرفين ، وبالنسبة إلى الغير .

فنتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين (٢) حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير (٣) حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بصورها .

المبحث الأول

حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٩٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ — ص ٨٨٧ .

(٢) وقد كان هذا هو أيضاً حكم تقنين المرافعات القديم . وعندما كانت لجنة المراجعة تنظر في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ، سأل أحد أعضاء اللجنة عما إذا كان يجوز للقاضي أن يحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسه دون أن يطعن فيها بالتزوير ، فأجيب بأن قانون المرافعات الحالي (القديم) يجيز للقاضي أن يستبعد الورقة التي يتضح تزويرها من تلقاء نفسه ، وهذا الاستبعاد يفضي بحكم الواقع إلى زوال حجية الورقة ، رسمية كانت أو عرفية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٨) .

فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٢٢٦/٢٩١ (٢) — ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة السادسة ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٥١ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد من ١٥٦ إلى ١٥٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٨ (٣) —

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تكون الورقة الرسمية ، ما لم يطعن فيها بالتزوير ، حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام فى حدود مهمته أوصدرت من ذوى الشأن فى حضوره . ٢ — أما ماورد على لسان ذوى الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على مايخالفه» . وفى لجنة المراجعة حورت الفقرة الأولى من النص تحويراً جعلها تتفق مع النص الذى أقر نهائياً ، وأصبح رقم النص ٤٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . وفى لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول الفقرة الثانية من المادة ، وهى التى تعتبر البيانات الواردة على لسان ذوى الشأن صحيحة حتى يقوم الدليل على ما يخالفها . وكانت نتيجة هذه المناقشة أن اتفقت الآراء على حذف هذه الفقرة ، لأن تلك البيانات يرجع فى أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة فى الإثبات ، وإثباتها فى ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة فى ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها . فحذفت اللجنة الفقرة الثانية من المادة اكتفاء بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٣٩١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥ و ص ٣٥٧ — ص ٣٥٩) .

(٢) ونعيد إيراد هذا النص من التقنين المدنى القديم : « المحررات الرسمية ، أى التى تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك ، تكون حجة على أى شخص ، ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها » . وقد قدمنا أن النص الجديد يفضل هذا النص القديم من حيث إنه يحدد ما يعتبر فى الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير ، فهو ما دون الموثق من أمور قام بها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٦ : ١ — تكون الأسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، وذلك ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ٢ — أما ما ورد على لسان ذوى الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥١ : تكون السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى : م ١٥٦ — للسند الرسمى القوة التنفيذية ، وهو — إلى أن يدعى تزويره — مثبت لجميع الأفعال المادية التى تحققها المأمور الرسمى بذاته وكان من =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣١٩ (١) .

ويتبين من هذه النصوص :

(أولا) أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . وسنتناول هنا حجيتها فيما بين الطرفين ، على أن نتكلم فيما يلى فى حجيتها بالنسبة إلى الغير .

(ثانياً) أن الورقة الرسمية حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ويتضح من هذا أن هناك نوعين من البيانات فى الورقة الرسمية : (١) بيانات تكون للورقة الرسمية فيها حجية إلى أن يطعن فى الورقة بالتزوير

= وظيفته أن يتحققها كمحل العقد وتاريخ وصحة التوقيع وما يعزوه إلى المتعاقدين من التصريحات — م ١٥٧ — إن السند الرسمى الذى له شكل السند الرسمى ومظهره الخارجى يجب أن يعد رسمياً إلى أن يقوم باثبات العكس الفريق المدعى عليه بهذا السند . والسند الرسمى مثبت أيضاً للأعمال التى صرح بها المتعاقدون ولها علاقة مباشرة بالعقد إلى أن يثبت العكس — م ١٥٨ — لا يصلح السند الرسمى إلا كبداية بينة خطية فيما يختص بالتصريحات التى ليس لها علاقة مباشرة بموضوع العقد — م ١٥٩ — إن السند الرسمى لا يسرى مفعوله الثبوتى فيما يختص بتصريحات المتعاقدين إلا عليهم وعلى خلفائهم فى الحقوق . وبالعكس فان هذا السند يتعدى مفعوله الثبوتى إلى الغير ، سواء أكان لهم أم عليهم ، فيما يختص بالأفعال المادية التى يصرح بها المأمور الرسمى والتى تعد ثابتة إلى أن يدعى تزويرها .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة — م ٣٧٨ : مطابقة للمادة ٣٩١ من التقنين المدنى المصرى .

ويتبين من استعراض نصوص التقنينات المدنية العربية أنها تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المصرى فى المسائل التى نحن بصددها .

(١) التقنين المدنى الفرنسى — م ١٣١٩ : « تكون الورقة الرسمية، بما تضمنته من اتفاق ، حجة على المتعاقدين والورثة والخلف . ومع ذلك إذا طعن بالتزوير فى الورقة الرسمية ، وكان الطعن بالطريق الجنائى ، أوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها منذ الإحالة على الاتهام . أما إذا كان الطعن بطريق فرعى ، فانه يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف ، أن توقف مؤقتاً تنفيذ الورقة » .

وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

«L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Néanmoins, en cas des plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue, par la mise en accusation ; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, supendre provisoirement l'exécution de l'acte.»

(٢) بيانات دون ذلك فى القوة ، فهى ككل بيان يثبت فى ورقة مكتوبة يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه [1]. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة فى هذا المعنى حذفت فى لجنة الشيوخ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . فعلينا إذن أن نبحث : (١) حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير (٢) حجية الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس .

٩١ — **حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير** : تكون للورقة الرسمية حجية فى الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . فهناك إذن طائفتان من البيانات لها هذه الحجية : بيانات عن الأمور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوى الشأن فى حضوره .

أما الأمور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته وبينها فى الورقة الرسمية التى وثقها فكثيرة . من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمى ، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابة منه ، والبيانات العامة التى أثبتها فى الورقة وهى التاريخ[2] واسم الموثق وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى المكتب أو فى مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور أصحاب الشأن وأسماؤهم وحضور المترجم والمعين عند الاقتضاء وتلاوته الورقة لذوى الشأن والتوقيعات التى تحملها الورقة [3] .

---

(١) وهذه القواعد لاتعتبر من النظام العام ، فلا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ هامش رقم ٥١ مكرر رابعا) .

(٢) ويعتبر تاريخاً ثابتاً لمجرد وروده فى ورقة رسمية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٩ — ص ٨٩٠) .

(٣) توقيعه هو وتوقيعات أصحاب الشأن والشهود والمترجم والمعين — هذا وما قرره المحضر من أنه أعلن الورقة إلى المحافظة لأنه لم يجد أحداً يسلمه الإعلان فى محل إقامة ذى الشأن ، أو أنه سلم الإعلان إلى الخادم ، وما إلى ذلك مما فعله بنفسه أو وقع تحت بصره ، تبقى له الحجية إلى حد الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٥) . أما ما ينقله عن الغير فيجوز إثبات عكسه دون =

أما البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوى الشأن فى حضوره فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التى قام بتوثيقها ، أى البيانات الخاصة بهذه الورقة بالذات . فان كان الموضوع بيعاً ، فان الموثق يثبت فى الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشترى قرر أنه يشترى ، كل بالشروط التى دونت فى الورقة ، وقد يكون المشترى دفع الثمن إلى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك فى الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التى وقعت من ذوى الشأن فى حضور الموثق وأثبتها فى الورقة ، بعد أن أدركها بالسمع أو بالبصر de visu aut de auditi ، تكون لها حجية فى الإثبات إلى أن يطعن فيها بالتزوير(١) .

وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمور التى قام بها الموثق أو بالأمور التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، فلا بد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون فى حدود مهمة الموثق . فاذا خرجت عن هذه الحدود ، كأن أثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب أو أن أحدهم يبلغ كذا من العمر أو أنهم قرروا أمامه أنهم أجانب أقاموا مدة معينة فى البلاد ، فلا تكون لهذه البيانات حجية لأنها لا تدخل فى مهمة الموثق(٢) .

= طعن بالتزوير (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٠ — ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦٩). وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا كان الدين ثابتاً بسند رسمى ذكر فيه أن النقود دفعت أمام كاتب العقود ، فلا يمكن إثبات الصورية بشهادة الشهود ، ومن ثم لا يجوز إثبات أن مبلغ الدين يشتمل على فوائد ربوية (نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٧٦) .

وما ورد على لسان أصحاب الشأن من بيانات يملونها على الموظف المختص بتحرير شهادات الميلاد والوفاة يجوز إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤٥) .

هذا ويجوز النزول عن حجية الورقة الرسمية فيما يجب فيه الطعن بالتزوير ، فلا تعود هناك حاجة إلى هذا الطعن (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧١) .

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ — ١٧٢ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ – ص ٨٨٩ — هذا وإذا ذكر فى ورقة رسمية أو فى جواز سفر أن سن العاقد أو صاحب الجواز هى كذا عاماً ، فإن ذلك لا يكون حجة على بلوغه هذه السن ، ولا تثبت السن إلا بشهادة الميلاد أو بتقدير طبيب . وقضت محكمة النقض بأن ذكر تاريخ الوفاة فى محضر حصر التركة لا يكون حجة بحصول الوفاة =

وقد حصرت على هذا النحو فى دائرة محدودة البيانات التى تكون لها حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلى طريق الطعن بالتزوير . ذلك أن طريق الطعن بالتزوير طريق معقد محفوف بالمصاعب والمخاطر ، وقد رسم له تقنين المرافعات إجراءات ومواعيد دقيقة شدد فيها من التزامات الطاعن بالتزوير ، وفرض عليه غرامة إذا حكم بسقوط ادعائه أو برفض هذا الادعاء[1] . وليس أمام من تحتم عليه الطعن بالتزوير إلا سلوك هذا الطريق ، فليس له أن يستجوب خصمه تمهيداً للحصول على إقرار منه ، ولا أن يوجه له اليمين الحاسمة ، ولا أن يطلب إحالة الدعوى على التحقيق بغير الطريق المرسوم للطعن بالتزوير ،

= فى ذلك التاريخ ، لأن هذا المحضر لم يعد لإثبات تاريخ الوفاة بل لإثبات عناصر التركة فقط (نقض ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤٣٠ ص ١٠٧٤) . ومحضر حصر التركة الذى يذكر فيه أن التركة جميعها سلمت إلى بعض الورثة لا يعتبر دليلا على التسلم (الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ١٥٥) . والمحاضر الرسمية التى تحرر لجمع الاستدلالات — محاضر التحقيق والجرد وحصر التركة — تكون قابلة لإثبات العكس دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (الأستاذ أحمد نشأت ١ فى الإثبات فقرة ١٥٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٤٨ ص ٦١) . ويجوز إثبات عكس ما ورد فى الإشهاد الشرعى الصادر بوفاة شخص بجميع الطرق ، إذ هو ليس بحكم ولا بحجة فى إثبات الوقائع المدرجة فيه (استئناف وطنى ٣١ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦) .

والحجية إلى حد الطعن بالتزوير مقصورة على المواد المدنية والتجارية . أما فى المواد الجنائية فالأمر متروك لتقدير القاضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عرض على المحكمة الجنائية محضر كسر ختم المتوفى ، جاز لها ألا تأخذ بما جاء فيه إذا اقتنعت بعدم صحته ، وذلك دون حاجة إلى الحكم بتزويره (نقض ٧ يونية سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٦٥ ص ١٨٨) . وقضى أيضاً بأنه يجوز لكل ذى شأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية ما يخالف ما دون فى المحاضر التى يحررها رجال البوليس فى المواد الجنائية دون أن يكون ملزماً بالطعن فيها بالتزوير (نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٣ ص ٣٣٣ — ١١ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٤٤١ — أسيوط الابتدائية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٧ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٥٨ هامش رقم ١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ هامش رقم ٣ . وعلة ذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « ما يولى القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة فى حضور الموظف العام وصحة ما يتولى إثباته من البيانات التى تدخل فى حدود مهمته . فإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوى الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التى يلحق بها وصف الرسمية ، تعين عليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦) . =

ولا أن يطلب إثبات وقائع تتعارض مع البيانات الثابتة بالورقة الرسمية حتى لو كان يتمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة ويريد أن يستكمله بالبينة أو بالقرائن(١) .

= هذا وتتلخص إجراءات الطعن بالتزوير فى أنه إذا ادعى خصم أن الورقة الشاهدة عليه مزورة ، فله أن يطعن فيها بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب يعلن للخصم الآخر بمذكرة تبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته بها . على أنه يجوز للمحكمة — ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة — أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة . فاذا طعن الخصم فى الورقة بالتزوير ، وكان الادعاء بالتزوير منتجاً فى النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة الورقة أو بتزويرها ، ورأت أن إجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز ، أمرت بالتحقيق . ويشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التى رأت إثباتها بها ، وندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق ، وتعيين خبير أو ثلاثة خبراء ، والأمر بايداع الورقة المطعون بتزويرها قلم الكتاب مع بيان حالتها . ويجرى التحقيق بالمضاهاة وبشهادة الشهود . وتكون المضاهاة على ما هو ثابت صدوره ممن تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق معترف بها منه أو على خطه أو إمضائه الذى يكتبه أمام القاضى المنتدب للتحقيق . أما الشهود فيسمعون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع ، وتراعى فى سماعهم القواعد المقررة فى سماع شهادة الشهود . والحكم بالتحقيق يوقف صلاحية الورقة للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية . وإذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة مقدارها ٢٥ جنيهاً مصرياً . ولا يحكم عليه بشىء إذا ثبت بعض ما ادعاه . (انظر المواد من ٢٨١ إلى ٢٩٠ من تقنين المرافعات) .

وتنظم المادة ٢٩١ من تقنين المرافعات دعوى التزوير الأصلية فتنص على أنه «يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة ، وتراعى الإجراءات المتقدمة» .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٢ — ص ١٧٣ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد ماقدمناه من البيانات التى تقوم حجيتها إلى حد الطعن بالتزوير مايأتى : «وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات ، فقصرها على الأمور التى يثبتها الموظف العام فى حدود مهمته أو التى تصدر من ذوى الشأن فى حضوره . وهى بهذا الوصف تتضمن : (ا) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه . ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور : التاريخ ويعتبر ثابتا من يوم تلقى الورقة وقبل قيدها فى السجل المعد لذلك ، وبيان مكان تلقى الورقة ، والكتابة ، وتوقيع ذوى الشأن ، وتوقيع الموثق ، والبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التى يتطلبها القانون . (ب) ما يصدر من ذوى الشأن فى حضور الموظف ويدرك بالحس من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر ، كالإقرارات أو وقائع التسليم . ويراعى أن الموظف العام يثبت واقعة الإدلاء بهذه الإقرارات دون أن يمس فى ذلك صحتها ، فلو قرر أحد المتعاقدين أنه باع وقرر الآخر أنه أدى الثمن ، أثبت الموثق هذين الإقرارين ، وكان إثباته لهما دليلا على الإدلاء بهما لا على صحة الوقائع التى تنطوى فيهما . =

وله أن يطعن بالتزوير فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(١) ، ولكن لا لأول مرة أمام محكمة النقض ، وذلك كله بشرط ألا يكون الطعن بالتزوير كيدياً (٢) .

٩٢ — حجية الورقة الرسمية متى يقوم الدليل على العكس :

أما ما أثبته الموثق فى الورقة الرسمية باعتباره وارداً على لسان ذوى الشأن من بيانات ، فلا تصل الحجية فيه إلى حد الطعن بالتزوير . بل يعتبر ما ورد من ذلك صحيحاً فى ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكسه بالطرق المقررة فى قواعد الإثبات (٣) . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملا بالبينة أو بالقرائن . فلا يجوز إذن إثبات عكس ما ورد فى الورقة الرسمية على لسان ذوى الشأن إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس ، أو فى القليل مبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البينة أو القرائن (٤) .

= ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرها مما يدخل فى حدود مهمة الموثق، لأن إلحاق الصفة الرسمية بما يثبت الموظف العام فى المحرر مشروط باقتصاره على هذه الحدود ، كما رسمها نص القانون ، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعاً لذلك قيمة ما يتولى إثباته على هذا الوجه . فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثلا ، فلا يكون لإثبات هذه الواقعة أثر فى إمكان الاحتجاج بها ، لأن إثباتها ليس مما يدخل فى مهمة من يتولى التوثيق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٦) .

(١) استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٥٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١١ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٤ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها ، وعلى ذلك فلا يجوز إثبات خلاف ما ورد فيها بالبينة أو بقرائن الأحوال مهما كانت قوة هذه القرائن للثقة الموجودة فى هذه الأوراق الرسمية ، إلا أنه فيما يختص بما يقرره الخصوم أمام المأمور المحرر لها ويدونه بمحضره عن وقائع حصلت بغير حضوره فيجوز إثبات ما يخالفها بالبينة أو بقرائن الأحوال بشرط أن يكون هناك مبدأ للثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ ، المحاماة ٦ رقم ١٠٠ ص ١٣٧) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤ ص ٥٧ . استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٤ — ٢١ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٤ — ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٨ =

والأصل فى هذه المسألة أن كل طعن فى بيان وارد بورقة رسمية ، يتضمن مساساً بأمانة الموثق وصدقه ، لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير كما رأينا . ذلك أن اختيار الموظف العام خاضع لشروط تتوافر بها الثقة فيه ، وهو معرض لعقوبات قاسية فيما إذا أخل بهذه الثقة (١) . أما الطعن الذى لا يتضمن مساساً بأمانة الموثق أو بصدقه فيكفى فيه إثبات العكس على النحو الذى قررناه .

ومن ثم يكون البيان المتعلق بتأكد الموثق من شخصية المتعاقدين وبتثبته من أهليتهما ورضائهما لا يجوز إنكاره إلا بطريق الطعن بالتزوير كما قدمنا . ولكن إذا اقتصر المدعى على إنكار شخصية المتعاقدين أو إنكار توافر الأهلية فيهما أو إنكار أن رضاءهما صحيح غير مشوب بعيب ، دون أن يتعرض لتثبت الموثق من كل ذلك ، جاز أن يثبت ما يدعيه بالطرق المقررة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، لأن المدعى لا يتشكك فى ذمة الموثق ، إذ هو يسلم أن الموثق قد تأكد من كل ذلك ، ولكن بالرغم من هذا التأكد فانه قد أخطأ عن حسن نية .

وكذلك البيانات العامة التى يثبتها الموثق بعضها لا يجوز إنكاره بتاتاً إلا بطريق الطعن بالتزوير ، كتاريخ الورقة الرسمية الذى يعتبر تاريخاً ثابتاً كما قدمنا ، واسم الموثق ، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى المكتب أو فى مكان آخر ، وحضور الشهود ، وحضور أصحاب الشأن ، والتوقيعات ، وقد تقدم ذكر ذلك . أما حقيقة أسماء أصحاب الشأن وأسماء الشهود وحقيقة ألقابهم وصناعاتهم ومحال إقامتهم ، فما قرروه من ذلك فى الورقة الرسمية له ناحيتان : واقعة التقرير ولها حجية حتى الطعن بالتزوير لأن إنكارها يمس أمانة الموظف ، وصحة التقرير فى ذاته أى صحة الأسماء والألقاب والصناعات ومحال الإقامة وهذه يكفى فيها إثبات العكس لأن الإنكار فى هذا كله لا يمس أمانة الموثق إذ هو لم يكتب إلا ما قرره هؤلاء على عهدتهم ، صادقين كانوا أو كاذبين .

= — ٤ يونية سنة ١٧٩٠ م ٢ ص ٤١٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٧ ص ٩٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٣ — ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ — ١٧ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٨ — ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ .

ثم إن البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية لها أيضاً ناحيتان : واقعة التقرير — أى أن أصحاب الشأن قرروا أمام الموثق كذا وكذا — وهذه لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ثم صحة التقرير فى ذاته وهذه يجوز إنكارها واثبات العكس لأن ذلك لا يمس أمانة الموثق . مثل ذلك أن يثبت الموثق أن أحد المتعاقدين قرر أنه باع للمتعاقد الآخر داراً وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذه الدار ، فواقعة التقرير من بيع وشراء لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة ، وهو لا يتعرض لواقعة التقرير فى ذاتها ولا يمس بذلك أمانة الموثق ، من أن يتمسك بأن هذا البيع صورى بالرغم من أن المتعاقدين قررا أمام الموثق غير ذلك ، وله أن يثبت هذه الصورية بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ولو أثبت الموثق أن المشترى دفع أمامه الثمن وقدره كذا إلى البائع ، فواقعة دفع مبلغ قدره كذا له حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة من إثبات أن الدفع بالرغم من صحة واقعته فى ذاتها كان دفعاً صورياً ، بأن كانت النقود هى نقود البائع وأعطاها للمشترى ليسلمها هذا له أمام الموثق [1] ، أو بأن النقود التى دفعها المشترى أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما ، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير لأنه لا يمس فى ادعائه هذا أمانة الموثق [2] .

---

(١) استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وتكون إقرارات ذوى الشأن حجة على الكافة (ما لم يطعن فى صحتها بالتزوير) . ويراعى أن المشروع قد استعاض بعبارة « صحة الإقرارات » عن اصطلاح « صحة الاتفاق » وهو الاصطلاح الذى اختاره التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والمشروع الفرنسى الإيطالى فى معرض التعبير . والواقع أنه ينبغى تحامى الخلط بين صحة واقعة انعقاد العقد وبين صحة هذا العقد فى ذاته . فاذا قرر ذوو الشأن بمحضر من الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى ، فالورقة الرسمية تعتبر حجة على صدور الإقرارين وإثبات الموظف لها بعد أن اتصلا بسمعه إلى أن يطعن فيهما بالتزوير . أما حقيقة هذين الإقرارين فى ذاتهما ، من حيث مبلغ مطابقتهما للواقع ، فلا حيلة للموثق فى العلم بها وإثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حسه . ومؤدى هذا أن مجرد إثبات إقرار من الإقرارات فى ورقة رسمية لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحته الذاتية إلى أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير . على أن مثل هذا الإقرار يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت العكس ، تفريعاً على أن الأصل فى الإقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهى استثناء يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧) .

وكذلك قيام التصرف القانونى ذاته وصحته التى تفترض توافر الأهلية والخلو من عيوب الرضاء ووجود محل صالح وسبب مشروع ، ونفاذ التصرف القانونى فيما بين الطرفين وفى حق الغير ، كل ذلك لا شأن له بما قرره الموثق من وقوع التصرف ، فلكل ذى مصلحة أن ينازع فى أية مسألة من هذه وعليه إثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد المقررة قانوناً[١] .

المبحث الثانى

حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير

٩٣ — قاعدة عامة : رأينا أن المادة ٣٩١ من التقنين المدنى تقضى بأن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . فهى إذن حجة بما جاء فيها ، لا على أصحاب الشأن وحدهم ، بل هى أيضاً حجة على الغير[٢] .

وقد رأينا فيما تقدم كيف تكون حجة على أصحاب الشأن ، فبسطنا متى تقوم هذه الحجية إلى حد الطعن بالتزوير ومتى تقوم حتى يقدم الدليل على العكس .

ونستعرض هنا بالنسبة إلى الغير ما قدمناه بالنسبة إلى أصحاب الشأن ، فنذكر متى تكون الورقة الرسمية حجة على الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، ومتى تكون حجة على الغير حتى يقوم الدليل على العكس .

---

(١) فلو أن ورثة البائع ادعوا أن مورثهم كان مجنوناً وقت إمضاء البيع ، فعليهم إثبات ما ادعوه ، ولهم أن يثبتوه بجميع الطرق دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، وذلك بالرغم مما أثبته الموثق فى الورقة الرسمية من أن البائع كان سليم العقل ، لأن الورقة الرسمية ليست معدة لإثبات ذلك (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٤٤ ص ٥٠٠) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وتعتبر الورقة الرسمية حجة ، لا بالنسبة للمتعاقدين وحدهم ، بل وبالنسبة للغير كذلك ، شأنها فى ذلك شأن الورقة العرفية فيما عدا التاريخ . وقد نص التقنين المراكشى (م ٤١٩) والتقنين المصرى (م ٢٢٦/٢٩١) صراحة على هذا الحكم ، وتبعهما المشروع فى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥) .

٩٤ — حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير :
قد يكون هناك محل للاحتجاج على الغير بالورقة الرسمية . مثل ذلك مدين يبيع داراً له بورقة رسمية ، ويدعى الدائن أن هذا البيع الرسمى لم يصدر من مدينه ليتمكن بذلك من التنفيذ بحقه على الدار المبيعة . ومثل ذلك أيضاً مؤجر العقار يبيعه بورقة رسمية ، ويدعى المستأجر أن البيع لم يصدر من المؤجر وذلك حتى يبقى فى العين المؤجرة فلا يخرجه منها المشترى بالرغم من أن عقد الإيجار غير ثابت التاريخ (١) . أو يثبت مؤجر العقار الذى باعه المخالصة بالأجرة عن مدة مستقبلة فى ورقة رسمية ، فينكر المشترى صدور هذه المخالصة من المؤجر ليتمكن بعد أن يستبقى المستأجر فى العين من مطالبته بهذه الأجرة (٢) .

فى هذه الفروض وغيرها تكون للورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير عين الحجية التى لها فيما بين الطرفين على النحو الذى قدمناه . فيستطيع المشترى من المدين ، فى المثل الأول ، أن يحتج بالبيع الرسمى على دائن البائع ، ولا يجوز للدائن ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد فى الورقة الرسمية من أمور قام بها الموثق فى حدود مهمته أو بيانات وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، كصدور البيع من المدين وتاريخ الورقة الرسمية وحضور الشهود وصحة التوقيعات وما ذكره الموثق من أن المشترى دفع أمامه الثمن إلى المدين وغير ذلك من الأمور التى فصلناها فيما تقدم فى صدد الكلام فى حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين . كذلك فى المثل الثانى لا يجوز للمستأجر ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد فى ورقة البيع الرسمية الصادرة من المؤجر على النحو الذى قدمناه . وفى المثل الثالث لا يجوز للمشترى ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر المخالصة بالأجرة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر .

وظاهر من الأمثلة التى قدمناها أن الغير الذى يحتج عليه بالورقة الرسمية هو نفس الغير الذى يحتج عليه بالتصرف القانونى ، فهو فى المثلين الأولين الدائن وفى المثل الأخير الخلف الخاص . ولما كان التصرف القانونى سارياً فى حقه ، فقد

---

(١) انظر المادة ٦٠٤ فقرة أولى مدنى .
(٢) انظر المادة ٦٠٤ فقرة ثانية مدنى .

وجب إثباته بالنسبة إليه ، فيثبت بالورقة التى أثبت فيها التصرف على النحو الذى قدمناه [١] .

٩٥ — حجية الورقة الرسمية بالنسبة الى الغير حتى يقوم الدليل على العكس : ولكن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير ، كحجيتها فيما بين الطرفين ، لا تمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التى أثبتها الموثق فى ذاتها ، دون أن يتعرض فى ذلك لأمانة الموثق أو صدقه . ولا يحتاج فى ذلك إلى الطعن بالتزوير ، بل يكفى أن يقيم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً . وله أن ينازع فى صحة التصرف أو فى نفاذه فى حقه وفقاً للقواعد التى قررها القانون . فدائن البائع له أن يطعن بالصورية فى البيع الرسمى الصادر من مدينه ، وأن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه من الغير [٢] . كذلك المستأجر له أن يطعن بالصورية فى البيع الرسمى الصادر من المؤجر ، وأن يثبت الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، وله أيضاً دون أن يطعن فى البيع

(١) ويستوى فى الاحتجاج على الغير بالتصرف القانونى أن يكون ذلك باعتباره تصرفاً قانونياً أو باعتباره واقعة مادية . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه بعقد بيع أثبت فى ورقة رسمية ، فان هذا البيع ، وهو تصرف قانونى ، يحتج به على مالك العقار كسبب صحيح للتملك بالتقادم القصير ، ويكون ذلك باعتبار البيع بالنسبة إلى المالك واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . ومع ذلك تكون رسمية البيع حجة على المالك ، فلا يستطيع أن ينكر من هذه الورقة الرسمية ما يجب لإنكاره الطعن بالتزوير إلا عن هذا الطريق .

(٢) فيجب إذن التمييز — فى حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير كما فى حجيتها فيما بين المتعاقدين — بين صحة صدور ما ذكر الموثق أنه رآه بعينه أو سمعه بأذنه (de visu aut de auditi) والتشكك فى صحة صدوره يمس بأمانة الموثق وصدقه ومن ثم فلا يجوز الإنكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وبين صحة هذه الوقائع ذاتها وهل هى جدية أو صورية وهذا ليس فيه مساس بأمانة الموثق أو بصدقه ومن ثم جاز إنكاره دون طعن بالتزوير ويكفى تقديم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً ، وبين حكم القانون فى التصرف الثابت فى الورقة الرسمية وهل هو يسرى فى حق الغير وهل هو مشوب بعيب من عيوب الإرادة وهل له محل مشروع وسبب مشروع وكيف يفسر وما إلى ذلك وهنا لا نعرض للورقة الرسمية التى هى طريق للإثبات (instrumentum) بل نعرض للتصرف القانونى ذاته (negotium) وننزل عليه حكم القانون فلا محل للكلام فى الطعن بالتزوير أو الاكتفاء بتقديم الدليل على العكس فى هذا الصدد (تولييه ٨ فقرة ١٢٢ — ديرانتون ١٣ فقرة ٨٤ — فقرة ٨٥ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٧٩ — أوبرى ورود ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٤ — ص ١٧٦) .

بالصورية أن يتمسك بأنه لا يسرى فى حقه لأن عقـد الإيجار ثابت التاريخ وسابق على عقد البيع . ويستطيع المشترى للعين المؤجرة أن يطعن فى المخالصة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر بالصورية على النحو الذى قدمناه ، كما يستطيع باسم البائع أن يطعن فيها بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بنقص الأهليـة أو بغير ذلك من العيوب التى تشوب التصرف القانونى .

ونرى من ذلك أن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير هى ذات حجيتها فيما بين الطرفين . وكل ما ذكرناه هناك يسرى هنا (١) .

---

(١) ومن ذلك أيضاً أن البيانات الواردة على سبيل الإخبار (énonciation) فى الورقة الرسمية فى غير موضوعها ، ولكنها متصلة بالموضوع اتصالا مباشراً ، تكون لها حجية البيانات الواردة على سبيل التقرير (disposition) فى الموضوع ، بالنسبة إلى الغير ، كما أن لها هذه الحجية فيما بين الطرفين . وقد ضرب أوبرى ورو لذلك مثلا سبق ذكره : إقراراً بإيراد مؤبد فى ورقة رسمية ، وورد فى الورقة أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن جميع أقساط الإيراد السابقة قد دفعت . فهذه البيانات المتصلة بالموضوع اتصالا مباشراً لها حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين ، وكذلك تكون لها هذه الحجية بالنسبة إلى الغير . ويتحقق ذلك إذا كان للدائن بالإيراد دائن حاجز أو كان الدائن بالإيراد قد نزل عنه لشخص آخر ، فما ورد فى الورقة الرسمية من أن جزءاً من رأس المـال قد دفع أو أن الأقساط السابقة قد وفيت جميعها تكون له حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الدائن الحاجز أو المتنازل له عن الإيراد . وهذا كله فيما إذا كان الطرفان فى الورقة الرسمية يملكان قانوناً التأثير فى حقوق الغير ، بأن كان التصرف القـانونى (negotium) الذى عقداه فيما بينهما من شأنه أن يسرى فى حقه . فان لم يكن الأمر كذلك ، لم يكن لبياناتهما حجية بالنسبة إلى الغير . فلو ورد فى البيع الرسمى أن للدار حق مطل على العقـار المجاور ، لم يكن لهذا البيان حجية بالنسبة إلى صاحب هذا العقار . ولو ورد فى هذا البيع الرسمى ان البائع يملك الدار بسند ذكر تاريخه ، لم يكن لهذا البيان أيضاً حجية بالنسبة إلى المالك الحقيقى للدار إذا أراد المشترى أن يحتج عليه بالتقادم القصير ويتمسك بحيازة البائع من التاريخ المذكور فى الورقة الرسمية ليضمها إلى مدة حيازته (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٧ — ص ١٧٩).

وقد ذكر أوبرى ورو (فى هامش ص ١٧٧) أن بعض الفقهـاء (توليبه ٨ فقرة ١٥٧ وفقرة ١٦١ — ديرانتون ١٣ فقرة ٩٨ — زاخاريه فقرة ٧٥١ مع هامش رقم ١٥) يذهبون إلى أنه لا حجية بالنسبة إلى الغير للبيانات المستقلة عن موضوع الورقة والواردة على سبيل الإخبار ولو كانت متصلة اتصالا مباشراً بهذا الموضوع ، ولو كان الطرفان يملكان التأثير فى حق الغير . ويقول أوبرى ورو بحق أن هؤلاء الفقهاء يخلطون بين صحة صدور هذه البيانات من الطرفين ، وهذا له حجية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، وبين صحة الوقائع التى تتضمنها هذه البيانات فى ذاتها ، وهذه الوقائع يجوز للغير أن يقيم الدليل على عكسها بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير .

المبحث الثالث

حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

٩٦ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فان صورتها الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل» .

« ٢ — وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين . وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل» .

وتنص المادة ٣٩٣ على ما يأتى :

« إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : ا) يكون للصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لايسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها . ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص — المادة ٣٩٢ : ورد هذا النص فى المادة ٥٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فان الصور الخطية أو الفوتوغرافية الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه ، تكون حجة بالقدر الذى يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل . ٢ — ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك فى مواجهتهما . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر باستحضار الأصل » . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف عبارة « الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه » من الفقرة الأولى لعدم ضرورتها ، مع تعديل الفقرة تعديلا لفظياً . وكذلك اقترح تعديل الفقرة الثانية لاستظهار قرينة مطابقة الصورة للأصل ما لم ينازع أحد الطرفين =

ويقابل هذان النصان فى التقنين المدنى القديم المادة ٢٣١/٢٩٦ [١] — ويقابلان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادتين السابعة والثامنة ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد من ٤٥٢ إلى ٤٥٤ ، وفى تقنين

= فى ذلك ، ولتحتيم مضاهاة الصورة على الأصل عند المنازعة وكان هذا الأمر جوازياً للقاضى فى المشروع التمهيدى كما رأينا . فقبلت اللجنة الاقتراحين ، وأصبح النص النهائى للمادة مطابقاً لما جاء فى التقنين الجديد ، وصارت المادة رقمها ٤٠٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ٣٩٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٩ — ص ٣٦٢) .

المادة ٣٩٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٣٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «أما إذا فقد الأصل ، فتكون الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتى : ا — يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجى لايسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . ب — ويكون للصور الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ذات الحجية إذا صدرت هذه الصورة من موظف عام مختص . ويجوز فى هذه الحالة أن يطلب الطرفان إحضار الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ، كما يجوز للقاضى أن يأمر بإحضارها . جـ — أما مايؤخذ بعد ذلك من صور خطية أو فوتوغرافية ، فلا يكون إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف» . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا يجعله أدق فى تأدية المعنى المقصود ، فأصبح يكاد يكون مطابقاً لما انتهى إليه . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل ، وجعل رقمه ٤٠٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اتجه الرأى أولا إلى استبعاد حكم البند «ا» من النص ، وقيل إن فى بقائه خطورة إذ قد تكون الصورة خالية من الشوائب فى مظهرها الخارجى ولكنها لاتطابق الأصل ، وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلا دون تحقيق صحتها ، فإعطاؤها قوة الأصل ينطوى على مجازفة . ورأى أحد الأعضاء ، مع ذلك ، أن تكون للصورة الرسمية الأصلية قوة مبدأ الثبوت بالكتابة . ولكن اللجنة عادت فأبقت النص بعد أن تبينت صحة حكمه من واقع المراجع القانونية . ثم استبدلت فى البند «ب» عبارة «الصورة الأصلية التى أخذت منها» بعبارة «الأصل الذى أخذت منه» زيادة فى الإيضاح ، وحذفت عبارة «كما يجوز للقاضى أن يأمر باحضارها» كما أضافت كلمة «رسمية» بعد كلمة «صور» فى البند «جـ» . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ — ص ٣٦٧) . هذا والمادة ٣٩٣ من التقنين الجديد منقولة عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

(١) وكانت المادة ٢٣١/٢٩٦ من التقنين المدنى القديم تنص على مايأتى : «إذا قدم الخصم صور سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهى صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين ، فللقاضى النظر فى درجة اعتماد تلك الصور ، وعلى كل حال فانها تعتبر فى مقام مبادىء الثبوت بالكتابة» . وسنبسط حكم هذا النص ونقارن مابين التقنينين القديم والحديث فيما يلى .

أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد من ١٧٣ إلى ١٧٦ ، وفى التقنين المدنى الليبي المادتين ٣٧٩و ٣٨٠ (١) – ويقابلان فى التقنين المدنى الفرنسى المادتين

---

(١) التقنينات العربية الأخرى — قانون البينات السورى م ٧ : ١ — إذا كان أصل السند الرسمى موجوداً ، فان الصور الخطية والفوتوغرافية التى نقلت منه وصدرت عن موظف عام فى حدود اختصاصه تكون لها قوة السند الرسمى الأصلى بالقدر الذى يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل . ٢ – وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، مالم ينازع فى ذلك أحد الطرفين، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل — م ٨ : إذا لم يوجد أصل السند الرسمى ، كانت الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتى : ا – يكون للصورة الأولى قوة الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجى لايتطرق معه الشك فى مطابقتها للأصل . ب — ويكون للصورة الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة الأولى نفس القوة إذا صدرت من موظف عام مختص يصادق على مطابقتها للأصل الذى أخذت منه . ويكون لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة هذه الصورة على الصورة الأولى على أن تتم المراجعة فى مواجهة الخصوم . جـ — أما الصورة المأخوذة عن الصورة الثانية فيمكن الاستئناس بها تبعاً للظروف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى — م ١٧٣ : إن إبراز نسخة من السند مع وجود السند الأصلى لايغنى عن إبراز هذا السند، إذ أنه يجوز التشبث بابراز السند الأصلى فى كل حين — م ١٧٤ : إذا فقد السند الأصلى يستعاض عنه بالنسخة الرسمية — م ١٧٥ : إن إدراج السند الرسمى فى السجلات الرسمية لايصلح إلا كبداية بينة خطية ، ويجب مع ذلك أن يثبت فقدان جميع الأصول المحفوظة عند الكاتب العدل والمختصة بالسنة التى يظهر أن السند أنشىء فى خلالها أو أن تقام البينة على أن فقدان أصل هذا السند نتج عن حادث خاص — م ١٧٦ : إذا ظهر من نسخة السند فى الحالة المبينة فى المادة السابقة — أن السند أنشىء بحضور شهود ، وجب دعوة هؤلاء الشهود أمام القاضى .

التقنين المدنى العراقى — م ٤٥٢ : ١ — إذا كان أصل السند الرسمى موجوداً ، فان صورته الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، الصادرة من موظف عام مختص ، تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . ٢ — وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين ، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل — م ٤٥٣ ، إذا لم يوجد السند الرسمى ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : ا — يكون للصورة الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل إذا كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . ب — وتكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها . ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الأصل الذى أخذت منه . جـ — أما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف — م ٤٥٤ : الوثائق الرسمية ، كالبراءات والقوانين والإرادات الملكية وشهادات الاختراع والعلامة الفارقة والجنسية وأحكام المحاكم وسجلات النفوس وسنداتها وسجلات الطابو الدائمية وسنداتها ، تكون حجة على الناس كافة بما دون بها ، ما لم يطعن فيها بالتزوير . =

١٣٣٤ و١٣٣٥ (١) .

= التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٧٩و ٣٨٠ : مطابقتان للمادتين ٣٩٢ و٣٩٣ من التقنين المدنى المصرى .

ويتبين من مطالعة هذه النصوص أن أحكام التقنينات العربية الأخرى فى هذه المسألة تطابق أحكام التقنين المصرى ، وذلك فيما عدا فروقاً بسيطة فى التقنين اللبنانى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى — م ١٣٣٤ : إذا كان أصل السند باقياً ، فلا يكون لصوره من الحجية إلا بما ورد فى الأصل ، ويجوز دائماً المطالبة بابراز الأصل. م ١٣٣٥ : إذا فقد أصل السند ، كانت الصور حجة على الوجه الآتى : ١— يكون للصور التنفيذية أو الصور الأولى حجية السند الأصلى . وكذلك الحال بالنسبة إلى الصور التى أمر بأخذها القاضى بحضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم للحضور ، وبالنسبة إلى الصور التى أخذت بحضور أصحاب الشأن وبتراض منهم . ٢ — الصور التى أخذت ، بعد تسليم الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، ومن غير أمر القاضى أو تراضى الخصوم ، من أصل السند بواسطة الموثق الذى تلقاها أو أحد من خلفائه أو موظف عام يحفظ بحكم وظيفته أصول السندات ، يجوز أن تكون لها حجية الأصل ، إذا فقد الأصل ، بشرط أن تكون قديمة . وتعتبر قديمة إذا كان قد مضى عليها أكثر من ثلاثين سنة . فان كان قد مضى عليها أقل من ثلاثين سنة ، فلا تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . ٣ — إذا كانت الصور المأخوذة من أصل السند لم يأخذها الموثق الذى تلقاها أو أحد من خلفائه أو موظف عام يحفظ بحكم وظيفته أصول السندات ، فهى لا تصلح ، مهما كانت قديمة ، إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . ٤ — أما صور الصور فيجوز الاستئناس بها تبعاً للظروف . (انظر أيضاً المادة ١٣٣٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وهى تقابل المادة ١٧٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، وقد تقدم ذكرها) .

وهذا هو الأصل الفرنسى لهذه النصوص :

Art. 1334 : Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Art. 1335 : Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1o. Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; Il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

2o. Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme =

٩٧ — الأصل والصورة : وتعرض هذه النصوص لحجية صور الورقة الرسمية . ذلك أن كل ماقدمناه فى حجية الورقة الرسمية إنما يرد فى حجية أصل الورقة لافى حجية صورها . والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذى يحمل التوقيعات إذ أن جميع من وقعوا الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل ، هذا إلى أن الأصل هو الورقة بعينها التى صدرت من الموثق . أما صورة الورقة الرسمية فهى لا تحمل التوقيعات وليست هى التى صدرت من الموثق ، بل هى منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص ، فهى من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها فى أنها صورة لا فى أنها أصل(١). والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة ، بما ورد فى الأصل من بيانات وما يحمله من توقيعات .

ولا فرق بين الصورة الخطية والصورة الفوتوغرافية مادامت كلتاهما صورة

= anciennes quand elles ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3o. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuves par écrit.

4o. Les copies des copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل فى حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ١٩٢٥ من التقنين الهولندى . ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية والصور التنفيذية والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة فى الإثبات ، مع أن موظفاً عاماً يستوثق من مطابقتها للأصل . ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذى يعترف فيه بمطابقتها للأصل ، مع مراعاة القيد الآتى : فلذى الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل فى مواجهة الطرف الآخر . ومؤدى هذا أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل يكفى للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار معززاً بدليل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦١) .

والمشروع التمهيدى — كما رأينا — لم يلزم القاضى باستحضار الأصل ، بل أجاز له ذلك ، فجعل استحضار الأصل محلا لتقديره . ولكن المشروع النهائى جعل استحضار الأصل لزاماً على القاضى .

رسمية ، بل لعل الصورة الفوتوغرافية هي الأدق من الناحية الفعلية[١] .

أما إذا كانت صورة الورقة الرسمية ليست هي ذاتها صورة رسمية بل صورة عرفية ، فليست لها أية حجية .

وتقل حجية الصورة الرسمية عن حجية الأصل. ولبيان ذلك يجب أن نميز بين فرضين : (أولا) إذا كان الأصل موجوداً (ثانياً) إذا كان الأصل غير موجود[٢].

٩٨ — حجية الصورة اذا كان الأصل موجوداً : بينا فيما تقدم أن أصل الورقة الرسمية يبقى محفوظاً في مكتب التوثيق الذى وثق الورقة . ومن ثم كانت الحالة الغالبة في حجية الصورة هي حالة ما إذا كان الأصل موجوداً ، إذ قل أن ينعدم هذا الأصل .

وإذن يشترط لقيام هذا الفرض شرطان : (١) أن يكون أصل الورقة الرسمية موجوداً حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة . (٢) أن تكون الورقة التي يحتج بها ليست هي هذا الأصل ، بل صورة من الأصل . ولكن يشترط في هذه الصورة أن تكون صورة رسمية ، فلو كانت صورة عرفية فلا يعتد بها كما قدمنا . ويكفي أن تكون صورة رسمية ، دون حاجة إلى أن تكون صورة مأخوذة من الأصل بطريق مباشر . فقد تكون مأخوذة مباشرة من الأصل ، وفي هذه الحالة قد تكون هي الصورة التنفيذية (grosse) أو تكون صورة أولى بسيطة (expédition) . وقد تكون مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل ، أو من صورة مأخوذة عن صورة من الأصل ، أياً كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل . فما دام الأصل (minute) موجوداً فانه يكفي في الصورة أن

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويراعى أن النص سوى في الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية إزاء شيوع الركون إلى طريقة التصوير الشمسي بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر . وقد قضت المادة ٤٤٠ من التقنين المراكشي على انسحاب الحكم نفسه على الصور الشمسية للأوراق المنقولة عن الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٠ — ص ٣٦١) .

(٢) حتى ولو لم يكن مفقوداً ، ما دام أن تقديمه متعذر . ومن هنا عدلت العبارة التي في صدر المادة ٣٩٣ فصارت : « إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية » ، وكانت في المشروع التمهيدى : « أما إذا فقد الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣) .

تكون صورة رسمية فحسب ، إذ يمكن دائماً مضاهاتها على الأصل .

ومتى توافر هذان الشرطان ، كان للصورة الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، حجية فى الإثبات بفضل قرينة قانونية وردت فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ ، إذ قضى هذا النص بأن « تعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين ، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل » . ومن ذلك يتبين أن القرينة هنا قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس .

فهى أولا قرينة قانونية على المطابقة . وصاحب المصلحة يقتصر على تقديم الصورة . وهى التى تكون معه غالباً ، دون الأصل المودع فى مكتب التوثيق . وعند ذلك يعتبرها القاضى مطابقة للأصل دون أى تحقيق ، ويجعل لها حجية الإثبات التى للأصل على التفصيل الذى قدمناه . ولكن الحجية هنا إنما تأتى من افتراض مطابقة الصورة للأصل ، فهى إذن حجية مستمدة من الأصل لا من الصورة .

وهى ثانياً قرينة قابلة لإثبات العكس . فللخصم أن ينازع فى مطابقتها للأصل . ومجرد المنازعة يكفى لإسقاط القرينة (١) . وعند ذلك يتعين على المحكمة تحقيق

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى فى الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ ، على ما رأينا ، يجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك فى مواجهتهما . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر باستحضار الأصل » . فمجرد المنازعة فى المطابقة لا يكفى لإسقاط القرينة ، بل يترك ذلك إلى تقدير القاضى ، فأن رأى استبقاء القرينة قائمة دون مضاهاة فعل ، وإلا استحضر الأصل وضاهى عليه الصورة . وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « بيد أن العمل جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية واعتبارها مطابقة للأصل متى انتفت كل شبهة فى حقيقة هذه المطابقة . فليست قيمة هذه الصور فى الإثبات بموقوتة أو مغياة بمجرد المنازعة فى مطابقتها لأصولها . على أن المشروع قصد إلى تحامى استغلال مجرد الإنكار فى إطالة أمد الخصومات واللدد فيها ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة المتقدم ذكرها على أنه (يجوز للقاضى أن يأمر باستحضار الأصل) . فللقاضى والحال هذه سلطة تقدير جدية الإنكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه فى الاعتداد بما لمن يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية من حق غير منازع فى المطالبة بتقديم الأصل . فإذا انتفى كل شك فى أن الإنكار لا يقصد منه إلا إلى إطالة أمد النزاع ، كان للقاضى ألا يأمر باستحضار الأصل . وليس شك فى أن من الأنسب تخويل القاضى سلطة التقدير فى هذا الشأن ، ولا سيما أن =

مطابقة الصورة المقدمة لأصلها . وتصدر لهذا الغرض قراراً بضم الأصل إلى ملف الدعوى ، وينتقل القاضي المنتدب إلى مكتب التوثيق ، ويحرر بحضوره صورة مطابقة للأصل ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده (م ١٠ فقرة ٢ من قانون التوثيق وقد مر ذكرها) . ومتى ضم الأصل إلى ملف الدعوى أمكن للمحكمة مضاهاة الصورة عليه ، فان وجدت مطابقة للأصل ثبتت لها حجيته ، وإلا استبعدت وبقي الأصل هو المستند في الدعوى بحجيته المعروفة .

وهذا الذي قررناه في شأن حجية الصورة الرسمية إذا كان الأصل موجوداً هو ما كان متبعاً دون نص في التقنين المدني السابق[(١)] .

= شيوع طريقة التصوير الشمسي يقضي على الكثير من أسباب الخطأ في الصور التي تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦١) .

وقد رأينا أن المشروع النهائي أدخل تعديلا على المشروع التمهيدي في هذه المسألة ، وجعل لزاماً على القاضي استحضار الأصل للمضاهاة بمجرد منازعة الخصم في المطابقة . وبهذا المعنى صدر التقنين الجديد . ويوجه هذا الرأي اعتبار منطقي : إن الاحتجاج بورقة ، ولو كانت رسمية ، على خصم إنما يكون بتوقيع هذا الخصم عليها ، والصورة لا تحمل هذا التوقيع ، والذي يحمل التوقيع هو الأصل ، فما دام الأصل موجوداً ، وطلب الخصم استحضاره ، فالأصل وحده هو الذي يحتج به عليه ، ووجب استحضاره لمضاهاة الصورة عليه . وحتى إذا تبين من المضاهاة مطابقة الصورة للأصل ، فالأصل لا الصورة هو الذي يحتج به على الخصم فالحجية إذن ، حتى عند مطابقة الصورة للأصل ، إنما تثبت للأصل دون الصورة كما قدمنا .

(١) وقد ورد في الموجز للمؤلف شرحاً للتقنين القديم في هذا الصدد ما يأتي : «وقد رأينا فيما قدمناه أن ذوي الشأن في الورقة الرسمية لا يحصلون إلا على صور منها ، أما الأصل فيبقى محفوظاً في قلم كتاب المحكمة . فاذا كان الأصل موجوداً لم تقم الصورة مقامه في الإثبات إلا إذا سلم الخصم بمطابقة الصورة للأصل . فإذا لم يسلم بذلك ، وطلب الرجوع إلى الأصل وهو وحده الذي يحمل توقيعه ، أجيب إلى طلبه ، وانتدبت المحكمة قاضياً لاستلام الأصل مع كتابة صورة منه توضع مكان الأصل مؤقتاً حتى يرد الأصل » . (الموجز فقرة ٦٢٩ ص ٦٦١—ص ٦٦٢) . وواضح مما ورد في الموجز أن الصورة تنتفع بادىء ذي بدء بقرينة المطابقة ، وتنتفي هذه القرينة بمجرد إنكار الخصم مطابقة الصورة للأصل ، وعندئذ يؤتى بالأصل لمضاهاة الصورة عليه . والحجية ، حتى عند التحقق من المطابقة ، إنما تثبت ، في التقنين القديم كما في التقنين الجديد ، للأصل لا للصورة (قارن استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٢) .

وهذا هو أيضاً حكم القانون المدني الفرنسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ ص ٢٧٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٨) .

٩٩ — حجية الصورة إذا كان الأصل غير موجود : هنا يميز التقنين المدنى الجديد (م ٣٩٣) بين حالات ثلاث : (١) حالة الصور الرسمية الأصلية ، أى الصور الرسمية المأخوذة مباشرة من الأصل . (٢) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية . (٣) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية للصور الرسمية الأصلية .

وأصل الورقة الرسمية لا يفقد إلا نادراً كما قدمنا ، إذ هو دائماً محفوظ فى مكتب التوثيق أو فى قلم كتاب المحكمة الذى وثقه وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ولكن يقع أن يفقد الأصل إذا قدم العهد به ، أو قبل ذلك بسبب حريق أو سرقة أو أى عارض آخر . ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات فقد الأصل [١] .

١٠٠ — حجية الصور الرسمية الأصلية : وهذه كما قدمنا الصور الرسمية التى تنقل مباشرة من الأصل (original, minute) وتشمل : (أولا) الصورة التنفيذية ، وهى الصورة الرسمية التى تنقل مباشرة من الأصل وتوضع عليها الصيغة التنفيذية . ولا تعطى إلا لأصحاب الشأن ، ومرة واحدة ، فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة (م ٩ قانون التوثيق) . ويسميها الفرنسيون (grosse) لأنها تكتب بحروف مكبرة ، بخلاف الأصل والصور الأخرى فهى تكتب بحروف عادية . (ثانياً) الصورة الأصلية الأولى (première expédition) ، وهى التى تنقل من الأصل عقب التوثيق لإعطائها لذوى الشأن دون أن توضع عليها الصيغة التنفيذية . وهى لا تعطى إلا لذى شأن [٢] ، ويؤشر الموثق بالتسليم فى أصل المحرر ويوقع هذا التأشير (م ٨ قانون التوثيق و م ١٩ لائحة قانون التوثيق) . (ثالثاً) الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، وتنقل هى أيضاً مباشرة من الأصل ،

---

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «يقع على من يتمسك بالصور الخطية أو الشمسية عبء إقامة الدليل على فقد الأصل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) .

(٢) وعقب التوثيق كما قدمنا . ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية ، إما لأن ذا الشأن لا حاجة به للتنفيذ ، وإما لأن موضوع الورقة لا يدع محلا للتنفيذ كالتوكيل الرسمى .

ولكنها لا تنقل إلا بعد التوثيق بمدة من الزمن . ويجوز دائماً إعطاؤها لذوى الشأن . ولا يجوز إعطاؤها للغير إلا بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها (م ٨ قانون التوثيق) .
(رابعاً) الصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهى صورة تحرر مطابقة للأصل ، ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ، وتقوم مقام الأصل إلى حين رده كما سبق القول (م ١٠ فقرة ٢ قانون التوثيق) .

هذه كلها صور رسمية أصلية ، ولها جميعاً حجية واحدة هى حجية الأصل المفقود ، وذلك متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل [1] . أما إذا كان المظهر الخارجى للصورة يبعث على الشك فى أن يكون

---

(١) وهذا هو الرأى الذى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات (فقرة ٥٠٢ مكررة ص ٦٧ — ص ٦٩) ، ونفى أن يكون المقصود من النص الاقتصار ، فى إعطاء حجية الأصل ، على الصورة التنفيذية (grosse) والصورة الأصلية الأولى (première expédition) ، بل جعل النص يعم الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، والصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهذا الرأى فى نظرنا هو الصحيح ، فإن عبارة « الصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية » الواردة فى النص عبارة عامة تشمل هذه الحالات جميعاً . ولا يوجد ما يبرر قصرها على الحالتين الأوليين — الصورة التنفيذية والصورة الأصلية الأولى — دون غيرهما . (انظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٩٥) .

وقد قصر الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات١ فقرة ١٧٢ —فقرة١٧٣) هذه العبارة على الحالتين الأوليين (الصورة التنفيذية والصورة الرسمية الأولى) ، وأخرج من النص حالة الصورة الأصلية البسيطة — والظاهر أنه يرى وجوب اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة عن طريق الاجتهاد لا عن طريق النص انظر ص ١٦٣ — كما أخرج حالة الصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب ورجع فيها إلى المادة العاشرة من قانون التوثيق وتنص صراحة على أن تقوم الصورة مقام الأصل لحين رده .

وقد تأثر الأستاذ أحمد نشأت فى رأيه هذا بما كان عليه التقنين القديم ، فسنرى أن هذا التقنين كان ، على غرار التقنين الفرنسى ، يفرق بين الصورة الأصلية الأولى تنفيذية كانت أو غير تنفيذية فيوليها حجية الأصل ، وبين الصورة الأصلية البسيطة فلا يوليها حتما حجية الأصل ولكن لا ينزل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة (وفى التقنين الفرنسى تكون لها حجية الأصل إذا مضى عليها ثلاثون سنة وإلا فهى مبدأ ثبوت بالكتابة) . وقد كان النص العربى المشروع التمهيدى — كما لاحظ بحق الأستاذ سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات ص ٦٩ — =

قد عبث بها ، كما إذا وجد كشط أو محو أو تحشير أو نحو ذلك ، فان الصورة تسقط حجيتها فى هذه الحالة (١) .

ويتبين من ذلك أن الصورة الرسمية الأصلية سليمة المظهر الخارجى تكون لها حجية الأصل على النحو الذى قدمناه . وتستمد هذه الحجية ، لا من الأصل فهو غير موجود فرضاً ، بل منها ذاتها (٢) ، وذلك بالرغم من أنها لا تحمل توقيع الخصم ولا تمكن مضاهاتها على الأصل المفقود . ومن ثم ندرك ما ينطوى عليه هذا الحكم من جرأة . ومن أجل هذا اتجه رأى لجنة مجلس الشيوخ فى البداية إلى استبعاده ، « لأن فى بقائه خطورة إذ قد تكون الورقة خالية من الشوائب فى مظهرها الخارجى ولكنها لا تطابق الأصل ، وعدم وجود هذا

= يؤيد هذا الرأى . فقد وردت المادة ٥٣٦ من هذا المشروع – وهى أصل المادة ٣٩٣ – على الوجه الآتى : «يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل » ، (انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) ، وكان هذا يغاير الأصل الفرنسى للنص وهو : Les grosses et toutes expéditions font la même foi que l'original فلم يفرق هذا النص الفرنسى بين صورة أصلية أولى وصورة أصلية بسيطة ، بل جعل لكل الصور الأصلية حجية الأصل ، وهذا نقلا عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الإيطالى كما سبق القول . وقد عدل النص العربى فى لجنة المراجعة — كما رأينا — فأصبح على الوجه الآتى : «يكون للصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل» . ومن ثم لم يعد هناك محل للتمييز بين الصورة الأصلية الأولى والصورة الأصلية البسيطة ، فكلاهما له حجية الأصل .

على أن الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٦٨ هامش رقم ١) لا يزال يفضل — من الناحية التشريعية لا من الناحية التفسيرية للتشريع القائم — التمييز بين الصورة الأصلية الأولى ، ويوليها حجية الأصل ، والصورة الأصلية البسيطة ، ويجعلها خاضعة لتقدير القاضى ، «إذ يمكن — كما يقول — أن نتصور أن يتواطأ الموظف المختص مع أحد ذوى الشأن ويعطيه صورة محورة من عقد رسمى محفوظ لديه ليست هى الصورة الأولى ، على أن يخفى هذا الأصل أو يعدمه بعد ذلك ، فالتقنين الجديد يعطى هذه الصورة المحورة حجية الأصل ويغطى ما وقع فيها من تحوير فلا يجز إثبات عدم صحتها إلا بالطعن بالتزوير » . ومهما قيل من أن احتمال تواطؤ الموظف المختص يكون أكبر فى الصورة الأصلية البسيطة منه فى الصورة الأصلية الأولى ، فلا شك فى أن إثارة هذا التواطؤ — أياً كانت احتمالاته — لا يجوز أن تكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(١) وقد تكون ، تبعاً للظروف ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا توافرت فيها الشروط الواجبة لذلك .

(٢) وذلك بخلاف ما إذا كان الأصل موجوداً ، فقد قدمنا أن الصورة تستمد حجيتها لا منها ذاتها بل من الأصل الموجود .

الأصل سيكون حائلا دون تحقيق صحتها ، وإعطاؤها قوة الأصل فيه خطورة كبيرة » . ولكن اللجنة عدلت عن هذا الرأى ، واستبقت الحكم بعد استيثاقها من أنه هو الحكم الصحيح ، وإن كان يعتبر استثناء من القواعد العامة [1] .

١٠١ — حجية الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية : وهذه ليست الصور الرسمية الأصلية (expéditions) التى نقلت مباشرة من الأصل ، بل هى صور رسمية نقلت من الصور الرسمية الأصلية . فهى لا تعتبر صوراً من الأصل إلا بطريق غير مباشر .

ولذلك لا يجوز أن تكون لها حجية أكبر من حجية الصور الأصلية التى هى ليست إلا صوراً منها ، وبشرط أن تكون الصور الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك . ومن ثم لا تكون للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية حجية مستمدة من ذاتها ، بل هى تقتصر على التمتع بقرينة المطابقة للصورة الأصلية ، وتنتفى القرينة بمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة [2] ، وعندئذ يتعين إحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . فان وجدت الصورة الثانية مطابقة لها ، كانت لها حجيتها على التفصيل الذى قدمناه فى حجية الصور الأصلية ، ذلك أن هذه الحجية مستمدة كما قدمنا من الصورة الأصلية لا من الصورة الثانية . أما إذا وجدت الصورة الثانية غير مطابقة للصورة الأصلية ، استبعدت تلك واستبقيت الصورة الأصلية وهى التى تكون لها الحجية فى كل حال .

بقى فرض ما إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة فلا تمكن مضاهاة الصورة الثانية عليها . ونرى فى هذه الحالة ، أمام سكوت النص ، ألا تكون للصورة الثانية حجية محددة ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس ، شأنها فى ذلك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٦ . وقد سبق ذكر ذلك .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى (م ٥٣٦ بند ب) يجيز أيضاً للقاضى ، من غير طلب الخصوم ، أن يأمر بإحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . ولكن المشروع النهائى خرج خلواً من هذا الجواز ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ وص ٣٦٥) .

شأن صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية ، وهى التى ننتقل الآن إليها[١] .

١٠٢ — حجية صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية :

وهنا تتعدد الحلقات ، وتنفرج المسافة ما بين الصورة والأصل . فالصورة التى يحتج بها ليست إلا صورة لصورة مأخوذة من الصورة الأصلية . فهى بالنسبة إلى الأصل صورة صورة الصورة ، أى الصورة الثالثة .

فان كانت الصورة الأصلية موجودة وجب استحضارها ، وهى التى تثبت لها حجية الأصل على التفصيل الذى قدمناه . بل إن الصورة الثالثة لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ، بخلاف الصورة الثانية فانها تتمتع بقرينة هذه المطابقة ، وبخلاف الصورة الأصلية فانها تتمتع بقرينة مطابقتها للأصل ، وقد تقدم ذكر ذلك . وسواء كانت الصورة الثالثة مطابقة للصورة الثانية فى حالة وجود هذه أو غير مطابقة ، فهذا لا أهمية له ، بل لا فائدة من تحقيق هذه المطابقة . والمهم هو مطابقة الصورة الثالثة للصورة الأصلية إن وجدت هذه .

فان كانت الصورة الأصلية هى أيضاً مفقودة كالأصل ، فان الصورة الثالثة — طابقت الصورة الثانية أو لم تطابق — لا تكون لها حجية ، ولا يعتد بها

---

(١) ويرى الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٧٠) أنه «إذا كانت الصورة الأصلية فى هذه الحالة قد فقدت كما فقد أصل الورقة الرسمية ، أمكن اعتبار الصورة غير الأصلية بمثابة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة وإجراء حكم الفقرة (١) عليها ، فتكون لها حجية هذه الصورة الأخيرة متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها لها » . ولا نميل للأخذ بهذا الرأى دون نص صريح يقضى به ، فقد رأينا أن الأخذ بحكم مماثل فى حالة تحديد حجية الصورة الأصلية عند فقد الأصل كان مستنداً إلى نص صريح ، وعد مع ذلك نصاً جريئاً .

ويرى الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٣) أن الصورة الثانية فى هذه الحالة يجب أن يعترف لها بقيمة مبدأ الثبوت بالكتابة على الأقل . وهذا هو أيضاً رأى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) .

وقد تقضى الظروف باعتبار الصورة الثانية إثباتاً كاملا للحق إذا كان صاحب الحق نفسه متعنتاً لا يريد تقديم المستند الأصلى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا رفض التاجر المفلس أن يقدم السند الأصلى لعقد البيع الصادر له ، كان للسنديك أن يقدم صورة تسجيل هذا العقد (والتسجيل ذاته صورة أصلية من السند الأصلى فصورته تكون إذن صورة للصورة الأصلية) مستنداً لحق التاجر المفلس فى ملكية الشىء المبيع إذا رفع الغير دعوى استحقاق يطالب بهذه الملكية (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٥) .

إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف ، باعتبارها مجرد قرينة (١) . فهى إذن لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة .

ومن ثم يتبين أن الصورة الثالثة — ومن باب أولى أية صورة دونها (٢) — لا حجية لها فى ذاتها . فان وجدت الصورة الأصلية ، كانت الحجية لهذه الصورة. وإن كانت الصورة الأصلية مفقودة ، سواء وجدت الصورة الثانية أو لم توجد ، فلا يعتد بالصورة الثالثة إلا لمجرد الاستئناس كما قدمنا (٣) .

١٠٣ — أحكام التقنين المدنى السابق : أما التقنين المدنى السابق فقد تضمن نصاً واحداً فى هذه المسألة . فقد كانت المادة ٢٩٦/٢٣١ تنص على أنه : « إذا قدم الخصم صور سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهى صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين ، فللقاضى النظر فى درجة اعتماد تلك الصور . وعلى كل حال فانها تعتبر فى مقام مبادىء الثبوت بالكتابة » . والنص الفرنسى لهذه المادة فى القانون الأهلى أدق من هذا النص العربى ، فقد كان يجرى على الوجه الآتى .

"La valeur probante des copies de titres autres que les expéditions exécutoires ou premières expéditions, quand ces copies auront été faites par des officieres publics, sera appréciée par le juge si l'original n'est pas représenté ; ces copies vaudront au moins un commencement de preuve par écrit".

ويتبين من المقابلة بين النصين العربى والفرنسى أن هناك خلافاً فيما بينهما . فالنص العربى يجعل الصور التنفيذية هى الصور الأولى ، إذ يقول : « غير

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥ .

(٢) ويدخل فى ذلك أية صورة أخذت ، مباشرة أو بطريق غير مباشر ، من صورة مأخوذة من صورة للصورة الأصلية ، مهما تعددت الصور التى تفصل ما بين الأصل والصورة التى يراد الاحتجاج بها .

(٣) وهذا هو الرأى الذى يقول به الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) — هذا وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بعد ذلك ما يأتى : « أما المقتطفات والمستخرجات والصور الجزئية فللقاضى سلطة تقديرها . وغنى عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذى ينقل فيها عن الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) .

صورها الواجبة التنفيذ وهى صورها الأولى» . أما النص الفرنسي فيجعل الصور الأولى شيئاً غير الصور التنفيذية ، إذ يقول (expéditions exécutoires ou premières expéditions) . والصحيح هو النص الفرنسي ، فالصور الأولى ، كما تكون صوراً تنفيذية ، قد تكون صوراً غير تنفيذية ،وقد سبق ذكر ذلك . والتقنين المدنى الفرنسي ، وهو الأصل الذى نقل عنه التقنين المدنى السابق ، صريح فى هذا التمييز[١] . فيجب إذن الأخذ بالنص الفرنسي للتقنين المدنى السابق . وهو يميز بين حالتين : (١) حالة الاحتجاج بالصورة التنفيذية أو بالصورة الأولى غير التنفيذية ، وسكوت التقنين عن حكم هذه الحالة معناه أن لكل من الصورتين حجية الأصل[٢] (٢) حالة الاحتجاج بصورة أصلية بسيطة ، أى بصورة أصلية غير الصورة التنفيذية وغير الصورة الأولى ، وفى هذه الحالة ينظر القاضى فى تقدير قيمتها ولا ينزل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة ،أى قد يعتبرها دليلا كاملا ، وقد يعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة أو بالقرائن[٣] .

---

(١) ويقضى التقنين المدنى الفرنسي (م ١٣٣٥ وقد تقدم ذكرها) بأنه إذا لم يوجد الأصل ، فإن الصور التى تكون لها حجية الأصل هى : (١) الصورة التنفيذية (grosse) . (٢) الصورة الأولى (première expédition) . (٣) الصورة الأصلية المحررة بأمر القاضى فى حضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم للحضور (٤) الصورة الأصلية المحررة فى حضور أصحاب الشأن وبتراضيهم . (٥) الصورة الأصلية المحررة بغير أمر القاضى وبغير تراضى الخصوم وفى غير حضورهم إذا أخذت بواسطة الموثق (notaire) ، أو موظف عام مختص، وكانت قديمة أى مضى على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة . وهناك صور أصلية لا تكون قيمتها إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهى : (١) الصورة الأصلية المحررة على الوجه المتقدم الذكر فى الطائفة الخامسة من الصور التى تكون لها حجية الأصل إذا لم تكن الصورة قديمة ، أى لم يمض على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة (٢) الصورة الأصلية التى حررها غير الموثق وغير الموظف العام مهما يكن تاريخ تحريرها .

أما صور الصور فلا يعتد بها إلا للاستئناس . ويستثنى من ذلك : (١) صورة التسجيل فى الورقة المسجلة ، وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك قبل قانون ٢١ يولية سنة ١٩٢١ (٢) إذا حررت صورة تنفيذية ثانية أو أصل ثان بأمر رئيس المحكمة المدنية (م ٨٤٤ مرافعات فرنسى) . فهذه صورة من الصورة ولكن لها حجية الأصل (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٨ — فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٦ — ص ٩٤٧) .

(٢) وكذلك تثبت حجية الأصل للصورة التى يوقعها القاضى وكاتب الجلسة مع كاتب التوثيق عند تسلمهما الأصل لإجراء المضاهاة (م ٢٦٥/٣٠٦ مرافعات قديم) .

(٣) الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ١٧٢ ص ١٦١ — ص ١٦٢ — الأستاذ =

ولم يعرض التقنين السابق للحالتين الأخريين اللتين عرض لهما التقنين الجديد: الصورة الثانية والصورة الثالثة . ويبدو أن الصورة الثانية فى التقنين السابق — وهى صورة الصورة الأصلية — كانت لها حجية الصورة الأصلية على التفصيل المتقدم فى هذا التقنين بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة وأن تكون صورتها مطابقة لها ، إذ ليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة وهى نفس القواعد التى قررها التقنين الجديد . أما الصورة الثالثة ، وهى صورة صورة الصورة الأصلية ، فتقتصر قيمتها على مجرد الاستئناس بها كقرينة بسيطة ، وذلك ما لم توجد الصورة الأصلية فتكون عندئذ الحجية لها لا لصورة صورتها . وهذا هو أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، وقد قرر التقنين الجديد هذا الحكم كما رأينا (١) .

ويتبين من ذلك أنه لا يوجد خلاف بين التقنين الجديد والتقنين القديم إلا فى حالة واحدة ، هى حالة الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) عند فقد الأصل . ففى التقنين الجديد تكون لهذه الصورة حجية الأصل إذا كان

= سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٥٢ ص ٦٤ — ص ٦٦ – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٩٣ — قارن الموجز للمؤلف ، وقد ورد فيه ، تفسيراً للمادة ٢٣١/٢٩٦ من التقنين المدنى السابق ، ما يأتى : « أما إذا فقد الأصل ، فإن الصورة التنفيذية (grosse) ، وهى الصورة الأولى التى يحصل عليها الخصوم وعليها الصيغة التنفيذية ، تقوم مقام الأصل فى الإثبات . وكذلك تقوم مقام الأصل تلك الصورة التى وضعت مكان الأصل مؤقتاً عند أخذ الأصل للرجوع إليه كما رأينا وذلك إذا ضاع الأصل . أما الصور الأخرى غير التنفيذية (expéditions) فللقاضى النظر فى درجة اعتمادها كما تقرر ذلك المادتان ٢٣١/٢٩٦ ، فقد يعتبرها إثباتاً كاملا رسمياً ، كما قد يعتبرها إثباتاً كاملا عرفياً ، ويجب على كل حال أن يعتبرها على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة » (الموجز ص ٦٦٢) . ونستدرك على ما جاء فى الموجز أنه أغفل ذكر الصورة الأولى إذا لم تكن هى الصورة التنفيذية ، فهذه ، فى التقنين السابق ، كانت لها حجية الأصل شأنها فى ذلك شأن الصورة الأولى التنفيذية . والسبب فى أننا لم نر ، فى « الموجز » ، التمييز ما بين الصورة التنفيذية والصورة الأولى ، أننا اتبعنا فى عدم التمييز بينهما رأياً قديماً قال به لارومبيير (جزء رابع م ١٣٣٥ فقرة ١) ولوران (جزء ١٩ فقرة ٣٧٣) — انظر أيضاً فى عدم التمييز بين الشيئين : كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٣١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٩١) .

(١) قارن الاستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ١٧٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣ — وغنى عن البيان أن الأصل إذا كان موجوداً ، فى التقنين المدنى السابق ، فإن الحجية تنحصر فيه ، سواء عن طريق المضاهاة عليه أو عن طريق افتراض مطابقة الصورة له . ولا يختلف حكم التقنين المدنى السابق فى ذلك عن حكم التقنين المدنى الجديد .

مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل ، أما فى التقنين القديم فقد يكون لهذه الصورة حجية الأصل وقد تنزل إلى مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لتقدير القاضى . والقانون الذى يسرى هو القانون الذى أخذت الصورة الأصلية البسيطة فى ظله ، فان أخذت قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين القديم ، وإلا فالتقنين الجديد هو الذى يسرى .

الفصل الثانى

الأوراق العرفية

١٠٤ — الأوراق العرفية المعدة للاثبات والأوراق العرفية غير المعدة للاثبات : يمكن تقسيم الأوراق العرفية التى تكون لها حجية فى الإثبات إلى قسمين :

(القسم الأول) أوراق أعدت مقدماً للاثبات ، فهى أدلة مهيأة (preuves préconstituées) ولذلك تكون موقعة ممن هى حجة عليه .

(والقسم الثانى) أوراق لم تعد مقدماً للاثبات ، ولكن القانون يجعل لها حجية فى الإثبات إلى مدى معين ، فهى أدلة عارضة (preuves casuelles). وأكثر هذه الأوراق لا تكون موقعة ممن هى حجة عليه ، وذلك كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية . وبعضها قد يكون موقعاً وان لم يعد فى الأصل للاثبات ، وذلك كالرسائل وأصول البرقيات (١) .

ونتكلم فى كل من هذين القسمين من الأوراق .

الفرع الاول

الأوراق العرفية المعدة للاثبات

١٠٥ — شروط صحتها وحجيتها فى الاثبات : نتناول بحث الأوراق العرفية المعدة للاثبات ، كما بحثنا الأوراق الرسمية ، من ناحيتين : (١) الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية (٢) حجية الورقة العرفية فى الإثبات .

---

(١) ولا محل لمثل هذا التقسيم فى الأوراق الرسمية ، فكلها بوجه عام معد للاثبات .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية

١٠٦ — **التوقيع هو الشرط الوحيد في القانون المصري** : الورقة العرفيـة المعدة للاثبات لا يشترط فى صحتها إلا توقيع من هى حجة عليه [١] . فاذا كان العقد ملزماً للجانبين كالبيع ، وأثبت فى ورقة عرفية ، وجب توقيع كل من البائع والمشترى . واذا كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة ، وجب توقيع المودع عنده . وإذا كان مخالصة بالدين ، وجب توقيع الدائن . وهكذا .

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء . ويجوز أن يكون — لا سيما بالنسبة إلى

---

(١) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩٤٨ — ولم يشترط القانون المصرى غير التوقيع شرطاً لصحة الورقة العرفية . ولكن هذا لا يمنع من وجود شروط أخرى لتحقيق أغراض أخرى . فمثلا حتى تكون الورقة العرفية صالحة للشهر لا بد من تحريرها من نسخة أصلية بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكاتب الشهر ومأمورياته (م ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر) ، ويجب التصديق على التوقيعات (م ٢٩ من قانون الشهر) ، كما يجب ذكر بيانات معينة (م ٢٢ من قانون الشهر) . وجزاء هذه الشروط عدم إمكان شهر الورقة ، ولكن ذلك لا يؤثر فى قوة إثباتها . مثل آخر : ما يشترطه قانون التجارة فى بعض الأوراق التجارية (م ١٠٥ و ١٣٤ و ١٩٠ تجارى) . وقد يشترط فى الورقة العرفية شروط أخرى لجواز سماع الدعوى ، فقد قضت المادة الثانية من قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) بعدم جواز سماع الدعوى بالوصية أو بالرجوع عنها ، بعد وفاة الموصى بالنسبة إلى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع المدعى عليها .

ولا يشترط فى الورقة العرفية شهود (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١) ، أو تعدد نسخ الأصل أو الاعتماد الخطى لقيمة الالتزام (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٢٠) .

الأمين — بالختم(١) أو ببصمة الأصبع(٢). والختم لا يزال منتشراً فى مصر ، وفى القرى بوجه خاص ، لانتشار الأمية . وعيبه أن التقليد فيه أيسر منه فى

---

(١) اعتبر المشرع المصرى الختم كالإمضاء : انظر المواد ٣٩٠ و ٣٩٤—٣٩٥ مدنى و ٢٦١—٢٦٢ و ٢٦٨—٢٦٩ و ٢٧٤ و ٢٧٧ و ٢٧٩ مرافعات و ٢١١ و ٢١٥ و ٣٤٠ عقوبات . وقد تضمن المشروع الأول لنصوص الإثبات الذى وضعه الأستاذ استنويت (Stenuit) النص الآتى : « لا تساوى بصمة الختم الإمضاء . فإذا كان موقع الورقة لا يعرف أن يكتب أو لا يستطيع ذلك بسبب عاهة فى جسمه ، وجب فوق توقيعه بختمه أن يكلف شخصاً مرخصاً له فى ذلك قانوناً أن يوقع بإمضائه بدلا منه . ويتعين فى هذه الحالة أن يذكر موقع الورقة بإمضائه أنه يعرف صاحب الختم أو أن يبين المستندات المثبتة لشخصيته وأن يوضح سبب عجزه عن الإمضاء والتجائه إليه بطلب الإمضاء بدلا منه » . وقد رأت لجنة تنقيح التقنين المدنى صرف النظر عن هذا النص حتى لا يؤدى إلى تعطيل التعامل (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٧٥ هامش رقم ٢) .

وفى القانون الفرنسى لا يجوز التوقيع بالختم أو بأية علامة . وتنص المادة ١٤٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أن « الفريق الذى لا يعرف أن يوقع بامضائه يستبدل الإمضاء بوضع طابع أصبعه » .

(٢) أما التوقيع ببصمة الأصبع فلم يكن التقنين القديم ينص عليه . ولكن ظهر فى العمل أنه أكثر ضماناً من التوقيع ببصمة الختم ، حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه ، ولذلك جرت المحاكم على التعويل على بصمة الأصبع . وكان قانون المواليد والوفيات القديم (لسنة ١٩١٢) ينص على جواز التوقيع ببصمة الأصبع ، أما قانون المواليد والوفيات الجديد (لسنة ١٩٤٦) الذى حل محله فلم يبين كيف يكون التوقيع . ونصت المادة ٢٢٥ عقوبات على أن تعتبر بصمة الأصبع كالإمضاء فى تطبيق أحكام التزوير (نقض جنائى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٦ رقم ٣٣٨ ص ٤٦٢) . وقد قررت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ مارس سنة ١٩٢٦ قبول بصمات الأصبع فى التوقيع على العقود المراد التصديق عليها لإمكان تسجيلها ، وذلك من الأشخاص الأميين الذين ليست لهم أختام ، واعتبار هذه البصمات كالإمضاءات أو الأختام ، بشرط أخذ صورة طبق الأصل من هذه البصمات على سجل خاص مع توقيعات الشهود ، وذلك حالة إجراء عملية التصديق فى جهة خلاف أقلام الرهون المختلطة أو المأموريات التابعة لها ، وأصدرت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة منشوراً رقم ٦٩١ سنة ٥١ قضائية بتاريخ ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ . أما فى فرنسا فقد قضت محكمة النقض بأن بصمات الأصابع لاتعادل الإمضاء (نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ داللوز ١٩٣٤—١—١١٣)— انظر فى هذه المسألة الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات ص ٢٢٦ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ١٧٦ ص ١٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٧٥ هامش رقم ٣ وهامش رقم ٤ .

الإمضاء . أما بصمة الأصبع فأكثر دقة [١]. ولا يشترط فى الإمضاء أو الختم أن يوضع بالإسم الثابت فى ورقة الميلاد ، بل يكفى أن يوقع صاحب الشأن بالاسم الذى اعتاد أن يوقع به [٢].

ويوضع التوقيع عادة فى آخر الورقة حتى يكون منسحباً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها . ولكن ليس من الضرورى توقيع الإضافات والإحالات وما إليها كما هو الأمر فى الورقة الرسمية ، ويترك غير الموقع منها لتقدير القاضى من ناحية قوة الإثبات ، ولذلك يكون الأفضل توقيعها قطعاً للشك .

ويجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه . فاذا وقع الورقة باسمه شخص كأمين سر أو مدير مكتب أو نحو ذلك ، فالتوقيع لا يصح والورقة باطلة لا حجية لها [٣] . أما البيانات المكتوبة — ولابد من الكتابة إذ الورقة العرفية هى ورقة مكتوبة — فيصح أن تكون بخط المدين أو بخط أى شخص آخر . ومن ثم يصح أن يكتب الورقة المدين أو الدائن أو أجنبى . وله أن يكتبها بأية لغة ، حتى بلغة اصطلاحية معروفة من أصحاب الشأن ، فاللغة العربية ليست ضرورية كما هو الأمر فى الورقة الرسمية . ويجوز أن تكون الكتابة باليد أو بالطباعة أو بالآلة الكاتبة أو بالفوتوغرافيا أو بأية طريقة أخرى (انظر المادة ١٤٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى) . وإذا كانت الكتابة باليد ، صح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بأية مادة كاتبة أخرى . وكثير من الأوراق العرفية ، كعقود الإيجار والمخالصات وعقود التأمين واشتراكات المياه والنور وكثير من

---

(١) ولا يغنى عن التوقيع علامة يضعها المدين ، كما لا يصح اعتبار مثل هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانوناً . ويسرى هذا الحكم على الختم المطموس ، إذ هو لا يخرج عن أن يكون مجرد علامة مستديرة غير مقروءة أصلا (محكمة دمياط الجزئية فى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٨ ص ١٩٣ - المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٩ ص ٦٢) .

(٢) ويشترط فى التوقيع فى مصر أن يشتمل على الاسم واللقب كاملين (الموجز ص ٦٦٤) . وجرت العادة عند الغربيين أن يكون التوقيع بالحرف الأول من الاسم وباللقب كاملا (الأستاذ سليمان مرقس أصول الإثبات ص ٧٤) .

(٣) على أن أثر التصرف القانونى قد ينصرف إلى من وقع باسم غيره إذا كان الطرف الآخر فى التصرف حسن النية ويجهل عدم صحة التوقيع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٨) .

عقود الإذعان ، تكون مطبوعة ، ويقتصر أصحاب الشأن بوجه عام على ملء الفراغ الذى يخصص العقد المقصود إبرامه .

ولا يشترط فى صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة ، إلا فى حالات معينة نص عليها القانون كالكمبيالة والسند الأذنى والشيك والتظهير . ولكن التاريخ فى الورقة العرفية بيان من البيانات الهامة ، فقل أن يغفله أصحاب الشأن ، وإلا شق عليهم بعد ذلك إثباته . بل إن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً كما سنرى .

ويتبين مما قدمناه أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية . فاذا لم يوضع التوقيع على الورقة ، لم تكن لها حجية فى الإثبات (انظر المادة ١٤٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى) — ذلك أن الورقة العرفية إنما تستمد حجيتها من التوقيع وحده . والورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إلا إذا كانت مكتوبة بخط المدين . وإذا تعددت التوقيعات ، فليس من الضرورى أن توضع جميعها فى وقت واحد ، بل كل من وقع على الورقة يكون قد ارتبط بها [(١)]، إلا إذا تبين من الظروف أن أصحاب الشأن إنما أرادوا ألا يرتبطوا إلا بتوقيعهم جميعاً [(٢)].

وغنى عن البيان أن الورقة العرفية إذا كانت باطلة فلا يؤدى بطلانها إلى بطلان التصرف القانونى ذاته الذى قصد بالورقة أن تثبته، بل يبقى هذا التصرف قائماً ويصح أن يكون جائز الإثبات بطرق أخرى .

١٠٧ — قيمة التوقيع على بياض : وقد يضع صاحب الشأن توقيعه على الورقة العرفية قبل كتابتها ، فيقال عندئذ إنه وقع على بياض (blanc seing).

---

(١) ولكن لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير ، إلا إذا أصبح هذا التاريخ ثابتاً بعد استكمال جميع التوقيعات (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٦) .

(٢) ولا يشترط لصحة الورقة العرفية أن تكون مستوفية لشروط قانون التمغة . فإذا لم يوضع على الورقة العرفية طابع التمغة الذى نص عليه القانون ، لم تكن الورقة باطلة ، ولكن هناك غرامة على من أخل بهذا الواجب .

وقد نظم القانون الفرنسى طريقة لتسجيل (enregistrement) الأوراق (راجع فيها بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦١ — فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ — ص ٩٠١) .

ويكون قد قصد بذلك أن يعهد إلى الطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التى اتفق معه على عناصرها الجوهرية وترك إليه استكمال تفصيلاتها على أسس معينة . مثل ذلك أن يوقع شخص شيكاً على بياض لمصلحة شخص آخر له معه حساب جار ، ويعهد إليه أن يضع الرقم الدال على قيمة الشيك بمقدار ما على موقع الشيك من رصيد الحساب الجارى بعد تصفيته . ومن ثم يكون من وقع على بياض قد وثق فى صاحبه واطمأن إلى أمانته ، ومن هنا يجىء الخطر فى التوقيع على بياض إذا خان الأمانة من اؤتمن .

ومهما يكن من أمر فان التوقيع على بياض صحيح . وهو من شأنه أن يكسب البيانات التى ستكتب بعد ذلك فوق هذا التوقيع حجية الورقة العرفية ، فان هذه الحجية تستمد كما قدمنا من التوقيع لامن الكتابة ، فيستوى أن تكون الورقة قدكتبت قبل التوقيع أو بعده . والمهم أن من يوقع الورقة يوقعها بخطه ، ويقصد من توقيعها أن يرتبط بالبيانات التى سترد فى الورقة .

على أن من يؤتمن على هذا التوقيع يجب عليه أن يرعى الأمانة ، فلا يضع فى الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع ، وإلا عوقب جنائياً[1] .

أما من الناحية المدنية ، فعبء إثبات تسلم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعه على بياض . ويراعى فى ذلك القواعد المقررة فى الإثبات . ذلك أنه إذا ماكتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها ، أصبحت قيمتها فى الإثبات قيمة الورقة العرفية التى لم توقع إلا بعد أن تمت كتابتها . ولكن يبقى للمدين الحق فى أن يثبت أنه إنما سلم توقيعه على بياض للدائن وأن ماكتبه هذا فوق التوقيع لم يكن هو المتفق عليه بينهما . ويكون إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة ، أى أنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة

---

(١) وقد نصت المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات على أن « كل من اؤتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض ، فخان الأمانة وكتب فى البياض الذى فوق الختم أو الإمضاء سند دين أو مخالصة أو غير ذلك من السندات والتمسكات التى يترتب عليها حصول ضرر لنفس صاحب الإمضاء أو الختم أو لماله ، عوقب بالحبس ، ويمكن أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً . وفى حالة ما إذا لم تكن الورقة الممضاة أو المختومة على بياض مسلمة إلى الخائن وإنما استحصل عليها بأية طريقة كانت ، فإنه يعد مزوراً ويعاقب بعقوبة التزوير » .

كما سنرى(١). فاذا استطاع هذا الإثبات ، فقدت الورقة حجيتها فيما بينهما . ولكنها لا تفقد هذه الحجية بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فمن تعامل مع متسلم الورقة معتقداً أنها ورقة صحيحة ، فحولت إليه مثلا ، جاز له أن يتمسك بحجية الورقة فى حق من وقع على بياض(٢)، ويرجع الموقع ، على من أساء استعمال توقيعه (٣) .

ولكن إذا كان التوقيع على بياض ذاته قد تم الحصول عليه من غير علم صاحب التوقيع ، ولم يقصد الموقع أن يسلم توقيعه على بياض إلى من أساء استعمال هذا التوقيع ، بل حصل عليه هذا خلسة ، كان التوقيع نفسه غير صحيح ، وكانت الورقة باطلة ، وعوقب من أساء استعمال التوقيع بعقوبة التزوير (م٣٤٠ عقوبات) (٤) . ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، لأنه إنما يثبت غشاً . فاذا ما أثبت ذلك فان الورقة تسقط حجيتها فى حقه بعد أن انكشف بطلانها على ما قدمنا . بل إن الغير حسن النية الذى تعامل مع المختلس على أساس أن الورقة صحيحة لا يستطيع أن يتمسك بحجية الورقة فى حق صاحب التوقيع ، ذلك أن صاحب التوقيع لم يسلم توقيعه على بياض للمختلس ، كما فعل فى الحالة السابقة ، بل اختلس منه التوقيع اختلاساً ، فلا يمكن أن ينسب إليه أى إهمال (٥) .

١٠٨ — شرطان آخران لصحة الورقة العرفية فى التقنين المدنى الفرنسى : ويشترط التقنين المدنى الفرنسى لصحة الورقة العرفية ، فوق التوقيع ،

---

(١) وهذه القواعد ذاتها تراعى فى إثبات الجريمة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات ، وقد مر ذكرها — هذا وإذا كانت الحيلة (dol) قد استعملت فى الحصول على الورقة الموقعة على بياض ، فيجوز عندئذ إثبات الغش بجميع طرق الإثبات .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٦٦ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

شرطين آخرين لم يشترطهما التقنين المدنى المصرى (١) .

أما الشرط الأول فقد نصت عليه المادة ١٣٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى (٢) ، إذ تقضى بأن الأوراق العرفية التى تثبت عقوداً ملزمة للجانبين لا تكون صحيحة إلا إذا تعددت نسخها (٣) بقدر تعدد أطراف العقد ذوى المصالح المستقلة (٤) ، ويجب أن يذكر فى كل نسخة عدد النسخ التى حررت من هذا السند . فاذا كان العقد بيعاً مثلا ، وكان كل من البائع والمشترى شخصاً واحداً ، فانه يجب أن يكتب من عقد البيع نسختان ، إحداهما للبائع والأخرى للمشترى . فاذا تعدد البائع مع تعارض المصلحة ، أو تعدد المشترى على هذا الوجه ، وجب تعدد النسخ التى تعطى للبائعين أو تعطى للمشترين بقدر تعددهم ، حتى يحتفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه (٥) .

---

(١) وقد كان المشروع الأولى لنصوص الإثبات الذى وضعه الأستاذ استنويت (Stenuit) يتضمن نصوصاً تورد هذين الشرطين كما قدمنا . ولكن لجنة تنقيح التقنين المدنى حذفت هذه النصوص ، فخرج المشروع التمهيدى خلواً منها . وبقى الأمر كذلك فى جميع مراحل التنقيح ، حتى استقر التقنين المدنى المصرى الجديد وليس فيه هذان الشرطان .

(٢) ولم يكن هذا الشرط موجوداً فى القانون الرومانى ولا فى القانون الفرنسى القديم ، وقد استحدثه القضاء (برلمان باريس) لأول مرة فى ٣٠ أغسطس سنة ١٧٣٦ .

(٣) النسخة (double) غير الصورة (copie) ، إذ هى أصل (original) لا صورة .

(٤) وتؤسس هذه القاعدة على جواز أن يقول الطرف الذى لم يحتفظ بنسخته إن العقد لم يكن إلا مشروعاً لم يتم ، ولو أنه كان قد تم لاحتفظ بنسخته للاحتجاج بها (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ هامش رقم ١٣) .

(٥) ولكن إذا كان أحد الطرفين فى العقد الملزم للجانبين قد اقتضى حقه قبل كتابة الورقة أو فى أثناء كتابتها ، ولم تعد له مصلحة فى الاحتفاظ بنسخته ، فإن تعدد النسخ لا يكون فى هذه الحالة لازماً . فإذا كان البائع مثلا قد استوفى الثمن كله ولم يعد له أى حق فى ذمة المشترى ، اقتصر على تحرير نسخة واحدة من عقد البيع يحتفظ بها المشترى (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٥ ص ٩٠٣ — ص ٩٠٤) .

كذلك إذا لم تتعارض المصالح فى الجانب الواحد لا تتعدد نسخ هذا الجانب . فالبائعون لعين فى الشيوع لا تتعدد نسخهم . وفى شركة التوصية تكفى نسخة واحدة لجميع الشركاء المديرين ، ونسخة أخرى لجميع الشركاء الموصين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٦ ص ٩٠٤—فقرة ٩٠٦) .

ويستثنى من قاعدة تعدد النسخ العقود التجارية ، والرسائل ، والعقود القضائية ، والأوراق الرسمية الباطلة إذا صلحت أن تكون أوراقاً عرفية وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويمكن تفادى شرط تعدد النسخ بكتابة نسخة واحدة وإيداعها عند أمين يحفظها لحساب جميع المتعاقدين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٧ — فقرة ١٤٦٨ ص ٩٠٦ — ص ٩٠٧) .

ثم إنه لا يكفى تعدد النسخ ، بل يجب أيضاً ، كما قدمنا ، أن يذكر فى كل نسخة عدد النسخ التى حررت ، وذكر هذا العدد موقعاً عليه من الخصم هو الذى يثبت تعدد النسخ وفقاً لما يتطلبه القانون حتى فى حالة امتناع هذا الخصم عن تقديم النسخة التى احتفظ بها . فاذا لم تتعدد النسخ ، أو لم يذكر عددها فى كل نسخة ، كانت الورقة العرفية باطلة كدليل للاثبات (١) . ولا يوجد نص فى التقنين المدنى المصرى كما قدمنا – لا فى القديم ولا فى الجديد – يقابل نص المادة ١٣٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى المتقدمة الذكر . فلا يشترط إذن فى القانون المصرى تعدد النسخ فى العقود الملزمة للجانبين ، وإذا كتبت نسخة واحدة كانت دليلا كتابياً كاملا يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك به (٢) . ولكن الضرورة العملية تقضى فى أكثر الأحيان أن تكتب نسخ بقدر عدد المتعاقدين ذوى المصالح المتعارضة ، حتى يحتفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه دليلا على حقه (٣) .

وأما الشرط الثانى فقد نصت عليه المادة ١٣٢٦ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقضى بأن الأوراق العرفية التى تثبت عقوداً ملزمة لجانب واحد يجب إما أن

---

(١) ولكن العقد الملزم للجانبين يبقى قائماً ، ويجوز إثباته بطرق أخرى غير الكتابة كالإقرار واليمين . بل يجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كانت قيمة الالتزام لا تجاوز النصاب المحدد للإثبات بهذه الطرق (أى ٥٠٠٠ فرنك) (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٩٨ — ص ١٩٩) .

ولكن هل يجوز أن تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فتستكمل بالبينة أو بالقرائن ، حتى لو جاوزت قيمة الالتزام هذا النصاب المحدد ؟ يذهب القضاء الفرنسى فى معظمه وطائفة من الفقهاء إلى جواز اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة فى هذه الحالة (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٩ – ص ٩١١) .

(٢) بل قد جرى العمل ، قبل قانون التسجيل الذى صدر فى سنة ١٩٢٣ ، على أن يكتفى ، فى عقود البيع التى تم فيها دفع الثمن ، بنسخة واحدة موقعة من البائع ولو لم يوقعها المشترى . وقد اكتفى القانون المذكور بتحرير العقود واجبة التسجيل من نسخة واحدة يوقع عليها جميع المتعاقدين ، ثم تحفظ بقلم التسجيل وتعطى منها صورة فوتوغرافية لكل من يطلب ذلك فى مقابل رسم معين . وكذلك فعل قانون الشهر العقارى الذى حل محل قانون التسجيل (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٧٩) .

(٣) انظر فى كل هذا أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ — ص ٢٠٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٢ — ص ٩١١ — الموجز للمؤلف ص ٦٦٤ – ص ٦٦٥ .

تكتب كلها بخط المدين ، أو فى القليل أن يكتب المدين بخطه قيمة الالتزام — حروفاً لا أرقاماً — مسبوقة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه ، وتكون عادة إحدى هاتين العبارتين : Bon pour أو approuvé pour ، ثم يوقع المدين بامضائه هذه العبارة ، وهذا التوقيع ينسحب على الاعتماد وعلى مشتملات الورقة فى وقت واحد [١] . والعقود الملزمة لجانب واحد التى تخضع لهذا الشرط هى العقود التى يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية التى تعد أو تقاس أو توزن أو تكال ، حتى يستطاع تقدير محل الالتزام برقم هو الذى يكتبه المدين بخطه حروفاً [٢] . ولا مقابل لهذا النص أيضاً فى التقنين المصرى ، لا القديم ولا الجديد ، فلا يكون هذا الشرط لازماً لصحة الورقة العرفية فى مصر .

وتقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، دون سائر التقنينات العربية ، يشترط فى الورقة العرفية هذين الشرطين اللذين يشترطهما التقنين الفرنسى (انظر المادتين ١٤٦ و ١٤٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى) .

المبحث الثانى

حجية الورقة العرفية فى الاثبات

١٠٩ — مسائل ثلاث : نجرى هنا — فى حجية الورقة العرفية — على

---

(١) وكان هذا للقضاء على العادة التى فشت ، فى القرن الثامن عشر فى فرنسا ، فى إساءة استعمال التوقيع على بياض . فصدر بهذه القاعدة تصريح ملكى (déclaration royale) فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٧٣٣ . ويتبين من ذلك أن هذه القاعدة وقاعدة تعدد النسخ قاعدتان متعاصرتان ، ظهرتا أخيراً ، الأولى فى سنة ١٧٣٣ ، والثانية فى سنة ١٧٣٦ .

(٢) وإذا لم يستوف هذا الشرط فالبطلان لا يلحق إلا الورقة العرفية كدليل للإثبات ، أما التصرف القانونى ذاته فيبقى ويجوز أن يكون قابلا للإثبات بطرق أخرى . وتعتبر الورقة التى لم تستوف الشرط مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذا تغاير مقدار الالتزام المعتمد مع المقدار المذكور فى صلب الورقة ، أخذ بأقل المقدارين لأن ذلك فى مصلحة المدين ، حتى لو كانت الورقة بخطه . انظر فى كل ذلك أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٠٥ — ص ٢١٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٧١ — فقرة ١٤٧٩ — ص ٩١١ — ص ٩١٧ . وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى (م ١٤٨) يؤخذ بالمقدار الأول .

ما جرينا عليه هناك فى حجية الورقة الرسمية . فنتكلم فى حجية الورقة العرفية فى الإثبات فيما بين الطرفين ، ثم فى حجيتها فى الإثبات بالنسبة إلى الغير ، ثم فى حجية صور الورقة العرفية فى الإثبات .

ولا محل للكلام فى افتراض عرفية الورقة كما تكلمنا فى افتراض رسميتها . ذلك أن الرسمية لها أوضاع وإجراءات إذا اختلت بطلت الورقة ، فكان من ذلك أنه متى كانت مظاهرها الخارجية تنبىء بأنها ورقة رسمية اعتبرت كذلك ، وافترض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت حتى يثبت ذو المصلحة أنها لم تراع . أما الورقة العرفية فلا يشترط لصحتها مراعاة أوضاع وإجراءات معينة ، فلا محل إذن لافتراض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت[1] .

المطلب الأول

حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين

١١٠ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق » [2] .

(١) يضاف إلى ذلك أن احتمال تزوير الورقة العرفية أكبر بكثير من هذا الاحتمال بالنسبة إلى الورقة الرسمية ، لذلك كان افتراض صحة الورقة الرسمية أقرب إلى الحقيقة من افتراض صحة الورقة العرفية . ومن ثم كانت صحة التوقيع على الورقة العرفية عرضة للتزلزل بمجرد إنكار صاحب التوقيع لتوقيعه ، ويجب فى هذه الحالة تحقيق الورقة عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط . أما التوقيع على الورقة الرسمية فتفترض صحته حتى يطعن فيه بالتزوير . على أن التوقيع على الورقة العرفية تفترض صحته افتراضاً مؤقتاً ، ويزول هذا الافتراض بمجرد إنكار صاحب التوقيع كما قدمنا (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٣٧ — فقرة ٢٣٤٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — من احتج عليه بورقة عرفية لم يرد أن يعترف بها وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . ٢ — أما الوارث أو الخلف فيكفى منه أن =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٢٩٢/٢٢٧ [1] — ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادتين ٩و١٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٥٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد ١٤٩—١٥١ ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨١ [2]—

= يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق » . وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان فى فقرة واحدة مع تحويرات لفظية تزيد الحكم الوارد فيها دقة ووضوحاً ، وأصبح النص فى المشروع النهائى ، تحت رقم ٤٠٧ ، مطابقاً للنص الذى استقر فى التقنين الجديد . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٧ — ص ٣٧١) .

(١) كانت المادة ٢٩٢/٢٢٧ ، من التقنين المدنى القديم تجرى على الوجه الآتى : « والمحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » . ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً ، غير أنه جاء أدق فى الأسلوب وأكثر تفصيلا للأحكام . فهو يميز بين صدور الورقة ممن وقعها ، وهذا مفترض حتى يلجأ صاحب التوقيع إلى إنكار الورقة ، وبين صحة الوقائع المدونة فى الورقة ، وهذا لم يعرض له النص الجديد بل تركه للقواعد العامة وهى تقضى بأنه يجوز إثبات العكس بالطرق المقررة قانوناً . والنص الجديد يميز أيضاً ، عند إنكار الورقة ، بين صاحب التوقيع ويجب عليه أن ينكر صراحة أن الورقة قد صدرت منه ، وبين الورثة والخلف وهؤلاء يكتفى منهم بأن يحلفوا يميناً على عدم العلم . والنص الجديد يعدد أخيراً طرق التوقيع فيذكر الإمضاء والختم والبصمة ، وكان النص القديم لا يذكر إلا الإمضاء ، ولكن محكمة النقض قضت بأن المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى (القديم) إذا كان لم يرد بها ذكر لفظ « الختم » معطوفاً على « الكتابة والإمضاء » فان هذا قصور فيها ، علته — على ما تراه محكمة النقض — هو مجرد السهو عن تكميل حكمها عند نقله عن القانون المختلط المنقول هو عن القانون الفرنسى . وليست العلة فيه أن الشارع المصرى يرى المغايرة فى الحجية بين الأوراق الممضاة والأوراق المختومة ، وإلا لما فهم تماماً كيف أنه عند إصدار قانونى المرافعات والعقوبات بعد شهرين قد ذكر لفظ « الختم » معطوفاً على لفظى « الإمضاء » و « الكتابة » فى جميع المواد التى وضعها فى الفرع الخاص بتحقيق الخطوط وفى المواد الخاصة بجريمتى التزوير وخيانة الأمانة (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

ويتبين مما تقدم أن كل الأحكام التى قررها النص الجديد كانت مرعية فى ظل التقنين القديم دون نص ، ومن ثم لا يكون التقنين الجديد قد استحدث شيئاً كما قدمنا .

(٢) التقنينات العربية الأخرى — قانون البينات السورى م ٩ : السند العادى هو الذى يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه وليست له صفة السند الرسمى — م ١٠ : ١ — من احتج عليه بسند عادى ، وكان لا يريد أن يعترف به ، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة أصبع ، وإلا فهو حجة عليه بما فيه ٢ — أما الوارث أو أى خلف آخر فيكتفى منه أن يقرر بأنه لا يعلم أن الخط =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المواد ١٣٢٢ — ١٣٢٤ (١) .

ويتبين من هذه النصوص : (أولا) أن الورقة العرفية حجة على الناس كافة، فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير . وسنبحث حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى

= أو التوقيع أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق ٣ — من احتج عليه بسند عادى وبحث فيه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو التوقيع أو الخاتم أو بصمة الإصبع » . ولا يطلب قانون البينات السورى اليمين من الوارث عند الإنكار . وينص صراحة على أن من صدر منه السند وبحث فيه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥٥ : « ١ — يعتبر السند العادى صادراً ممن وقعه ، ما لم ينكر صراحة هو أو من يقوم مقامه ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إبهام . ٢ — ويكتفى من الوارث أو الخلف بأن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق إذا عجز المحتج بالسند عن الإثبات » . ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى مسألة تفصيلية : يكتفى ، فى التقنين العراقى ، من الوارث والخلف فى البداية بمجرد الإنكار الصريح دون يمين ، وعند ذلك يتولى المحتج بالسند إثبات صحة صدور السند من المورث بالإجراءات المقررة فى قانون المرافعات . فإذا ما عجز عن الإثبات ، عند ذلك يطلب من الوارث أو الخلف أن يحلف يميناً على عدم العلم .

تقنين أصول المحاكمات المدنيـة اللبنانى : م ١٤٩ — « إن الفريق الذى أدلى عليه بسند ذى توقيع خاص ، فبحث فى الأساس بغير أن يناقش فى صحة التوقيع ، لا يقبل منه بعد ذلك إنكار هذا التوقيع» — م ١٥٠ — «يجوز إنكار التوقيع الموضوع على السند قبل أية مناقشة فى الأساس ، فتجرى حينئذ معاملة التطبيق» — م ١٥١ : « إذا تقررت صحة الإمضاء الموضوع على سند ذى توقيع خاص ، إما باعتراف الشخص المدلى عليه بهذا السند من تلقاء نفسه ، وإما بعد إجراء معاملة التطبيق ، فإن هذا السند يصبح مكتسباً ، تجاه المتعاقدين وتجاه الغير ، القوة الثبوتية التى تكون للسند الرسمى ، مع الاحتفاظ بإثبات صحة التاريخ» وقد نص التقنين اللبنانى على عدم جواز الإنكار بعد البحث فى موضوع السند ، ونص على قيمة السند بعد الاعتراف به أو بعد تحقيق صحته ، ولم ينص على حالة ما إذا أراد الوارث إنكار توقيع مورثه .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٨١ (مطابقة لنص المادة ٣٩٤ من التقنين المدنى المصرى) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص أن التقنينات العربية — فيما عدا بعض فروق فى التفصيلات — متماثلة فى الأحكام .

(١) التقنين المدنى الفرنسى : م ١٣٢٢ — السند العرفى ، المعترف به ممن يشهد عليه أو الذى يعتبر معترفاً به قانوناً ، تكون له قوة السند الرسمى فيما بين الطرفين والورثة والخلف — م ١٣٢٣ — من احتج عليه بسند عرفى يجب عليه إما أن يعترف به وإما أن ينكر صراحة خطه أو إمضاءه . أما الورثة والخلف فيجوز لهم أن يقتصروا على إعلان أنهم لا يعلمون أن الخط أو =

الغير فيما يلي . (ثانياً) فيما بين الطرفين ، تكون للورقة العرفية ، من حيث صدورها ممن وقع عليها ، حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع . ومن حيث صحة ما ورد بها من الوقائع فى ذاتها ، تـكون للورقة العرفية حجية قائمة إلى أن يثبت العكس . وهذه هى قوة الورقة العرفية فى الإثبـات فيما بين الطرفين . ونتناول الآن هذه المسألة بشقيها .

١١١ — حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها :

إذا احتج ذو شأن بورقة عرفية على من تحمل توقيعه ، فان صاحب التوقيع إما أن يعترف بأن التوقيع له وأن الورقة صادرة منه ، وإما أن ينكر أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، وإما إن يخرج بالسكوت عن الاعتراف أو الإنكار . ومقتضى نص المـادة ٣٩٤ السابقة الذكر أن السكوت هو بمثابة الاعتراف . وإذا أراد صاحب التوقيع أن ينفى صدور الورقة منه ، فعليه أن ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

فاذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه ، أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها [1] ، اعتبرت الورقة صادرة منه ، واعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب إليه خطه ، وتصبح الورقة العرفية ، من حيث صدورها ممن وقع عليها ، فى قوة

= الإمضاء هو لمن تلقوا الحق عنه — م ١٣٢٤ — فى حالة ما إذا أنكر الخصم خطه أو إمضاءه ، أو أعلن الورثة أو الخلف عدم العلم ، وجب الأمر بإجراء التحقيق قضائياً .

وهذا هو الأصل الفرنسى لهذه النصوص :

Art 1322 — L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Art. 1323 — Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

Art. 1324 — Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وتقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن سكوت ذوى الشأن يعتبر فى الأصل إقراراً ، لأن من واجب من =

الورقة الرسمية . ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار ، إلا أن يطعن بالتزوير[1] .

أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه ، فأنكر بذلك أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، فعلى المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع ، وذلك بأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق[2] وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات فى تحقيق التوقيع والخطوط .

= لا يريد الاعتراف بالورقة «أن ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء» ، فإذا أبى ذو الشأن أن يعترف بنسبة الخط أو الإمضاء إليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيتعين اعتبار الورقة العرفية قد اعترف بها حكماً . وقد أخذت المادة ٢٢٧ من التقنين القائم بهذه القرينة فقضت بأن «المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٨ – ص ٣٦٩) .

(١) ويكفى أن يسكت عند مواجهته بالورقة ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يلجأ إلى الإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦١ ص ٨٢ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ – ص ٢٢٠ – وانظر المادة ٢١٤ من تقنين المرافعات الفرنسى) .

(٢) أما إذا كان التوقيع مصدقاً عليه ، فلا يجوز له الاكتفاء بالإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير ، لأن التصديق على التوقيع يعتبر فى هذه الحدود بمثابة ورقة رسمية — وعلى كل حال فللمحكمة ألا تجيب طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التى استندت إليها ما يكفى لتكوين عقيدتها فيها بلا حاجة إلى التحقيق المطلوب (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٣٢) . ولقاضى الموضوع أن يقضى بصحة الورقة المقدمة فى الدعوى دون أن يكون ملزماً بالسير فى إجراءات التحقيق متى تبين ذلك بناء على أسباب مقبولة . فإذا طلب الخصم تأخير الحكم فى الدعوى ليطعن بالتزوير فى الورقة التى رفعت هذه الدعوى بناء عليها ، فمن حق القاضى أن يهدر هذا الطلب إذا رأى أن مقدمه لم يبغ به إلا مجرد المماطلة وكسب الوقت (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٧ ص ٢٧٩ — ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠١ ص ٢١٩ مع تعليق للأستاذ محمد حامد فهمى فى هامش ص ٢١٩ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٨ ص ٣٦٥ — استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٩ مجموعة رسمية ٣٠ ص ١٠٦ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة رسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١٠٧ — استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٦٣ — ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٦ — ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٢ — ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٤ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٩ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٢ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٤٨ — ٦ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤١) .

والإنكار إنما يرد على الأوراق العرفية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الأوراق الرسمية والعرفية (م ٢٦١ مرافعات) . ومعنى ذلك أن الورقة العرفية تحتمل الطعن بالتزوير والإنكار . فلصاحب التوقيع أن يكون هو المهاجم ، فيطعن فى الورقة العرفية بالتزوير ، ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات . وله كما بينا ، أن يقتصر على إنكار الورقة ، فيلجأ المحتج بها إلى إجراءات تحقيق الخطوط ، ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الإثبات . أما إذا كانت الورقة رسمية ، فلا يستطيع صاحب التوقيع إنكار صدورها منه إلا إذا طعن فى الورقة بالتزوير كما قدمنا [١] . والذى يبرر هذا الفرق فى الحكم بين الورقة الرسمية والورقة العرفية أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذى وثقها ، وفى هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسئولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية من صاحب التوقيع . فاذا أراد هذا أن ينكر صدور الورقة منه ، فعليه هو عبء الإثبات ولا سبيل له إلا الطعن بالتزوير . أما الورقة العرفية فلا يتوافر فيها هذه الضمانات ، بل هى ورقة تحمل توقيعاً يقول المتمسك بها أنه توقيع خصمه ، فاذا أنكر هذا الخصم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الطاعن لم يقف عند حد إنكار توقيع مورثه على السند ، وإنما ذهب إلى الادعاء بتزويره ، فإن الحكم إذ ألقى عليه عبء إثبات هذا التزوير لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧) — وقد قضت المادة ٢٧٤ من تقنين المرافعات بأنه لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، أما فى دعوى التزوير فيجوز قبول إثبات عدم قيام الدين الذى حررت عنه الورقة قرينة على التزوير . وقضت محكمة النقض بأن المادة ٢٧٠ مرافعات (٢٧٤ جديد) خاصة بتحقيق الخطوط ولا مجال لتطبيقها فى دعوى التزوير . والمقصود منها هو احترام القاعدة العامة فى الإثبات بعدم تمكين من يتمسك بورقة أنكرها خصمه من أن يثبت بالبينة ، فى غير الأحوال التى يجوز فيها ذلك قانوناً ، الالتزام المدون بها ، ولذلك جاء نصها مقصوراً على أن البينة لا تسمع إلا عند إثبات واقعة الكتابة أو التوقيع دون الالتزام ذاته ، بخلاف الحال فى دعوى التزوير ، فإن الأمر فيها — إذا ما قبلت أدلة التزوير — يكون متعلقاً بجريمة أو غش مما يجوز قانوناً إثباته بجميع الطرق ومنها قرائن الأحوال كعدم قيام الدين الذى حررت عنه الورقة . وذلك يستتبع أن يكون لخصم مدعى التزوير الحق فى أن يثبت بجميع الطرق أيضاً عدم صحة الدعوى عملاً بالمادة ٢٨١ مرافعات (١٩٢ جديد) . وإذن فإذا كان التحقيق فى دعوى التزوير قد تناول غير الكتابة أو التوقيع وقائع أخرى ، واعتمدت عليها المحكمة ، فلا تثريب عليها فى ذلك (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ — انظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

لم يكن عليه هو أن يحمل عبء الإثبات، بل المتمسك بالورقة هو الذى يحمل هذا العبء فيثبت أن الورقة صادرة حقاً من صاحب التوقيع عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط[١].

وإذا أنكر صاحب التوقيع صدور الورقة العرفية منه ، ثم أثبت التحقيق

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٧٥٦ ص ٢١٧ هامش رقم ٩٠ ، والخطوط البارزة فى إجراءات تحقيق الخطوط – وهى من مباحث قانون المرافعات – تتحصل فى أنه إذا أنكر صاحب التوقيع توقيعه ، وكانت الورقة منتجة فى النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة ، ولم يكن فى الورقة كشط أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية بحيث تقدر المحكمة إسقاط قيمتها فى الإثبات أو إنقاصها ، فان المحكمة تأمر بتحقيق الورقة عن طريق المضاهاة أو بسماع الشهود أو بكلتا الطريقتين . (انظر فى جواز الاكتفاء بالبينة وعدم الالتجاء إلى المضاهاة : نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٨ ص ١٢٥ – وفى أن مجرد إعلان فقد الختم لا ينهض دليلا على صحة هذه الواقعة : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٧ ص ٢٠٧) ويشتمل الحكم بإحالة الورقة إلى التحقيق على ندب أحد قضاة المحكمة لإجرائه وتعيين خبير للمضاهاة ، وتكون المضاهاة على ما هو ثابت صدوره ممن تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق معترف بها منه أو على خطه أو إمضائه الذى يكتبه أمام القاضى المنتدب للتحقيق ، أما الشهود فيسمعون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع وتراعى فى سماعهم القواعد المقررة فى سماع شهادة الشهود . وإذا حكم بصحة كل الورقة فيحكم على من أنكرها بغرامة من أربعة جنيهات إلى خمسة عشر جنيها . وعلى أية حال ، إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحتها ، أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة (انظر المواد ٢٦٠ – ٢٧٦ مرافعات) . وتنص المادة ٢٧٧ مرافعات على أنه « يجوز لمن بيده ورقة غير رسمية أن يختصم من تشهد عليه الورقة ليقر بأنها بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ولو كان الالتزام بها غير مستحق الأداء ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة » . ولا تخلو الحال عندئذ من أحد فروض ثلاثة : إما أن يحضر المدعى عليه ويقر فتثبت المحكمة إقراره (م ٢٧٨ مرافعات) ، وإما ألا يحضر فتحكم المحكمة فى غيبته بصحه صدور الورقة منه وتجوز المعارضة فى هذا الحكم فى جميع الأحوال (م ٢٧٩ مرافعات) ، وإما أن يحضر وينكر فيجرى التحقيق وفقاً للإجراءات التى سبق بيانها (م ٢٨٠ مرافعات) .

وقد يعترف المدين ببصمة الختم ، ولكنه ينكر أنه وقع به على الورقة . وهذا يحدث كثيراً ، فأن الختم منفصل عن صاحبه ، ويقع أن يحصل شخص على ختم آخر فيوقع به ورقة دون علم صاحب الختم . وقد كانت الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر – قبل إنشاء محكمة النقض – قد قضت بأن على المتمسك بالورقة الموقعة بختم ، اعترف صاحبه ببصمته دون التوقيع به ، أن يثبت أن صاحب الختم هو الذى وقع به على الورقة فلا يجوز ، فى هذه الحالة ، مطالبة صاحب الختم ، بالرغم من اعترافه بالبصمة ، أن يطعن فى الورقة بالتزوير ، بل ولا أن يثبت أنه لم يوقع الورقة بختمه من غير طعن بالتزوير ، والمتمسك بالورقة هو، كما قدمنا ، الذى يقع عليه عبء إثبات =

أنه هو الذى وقعها ، صارت هذه الورقة العرفية ، كالورقة التى اعترف بها أو سكت عن إنكارها ، فى قوة الورقة الرسمية . وفى جميع الأحوال ، سواء

= أن صاحب الختم قد وقع الورقة بختمه حتى يستكمل بذلك دليله. وقد ورد فى حكم الدوائر المجتمعة فى هذا المعنى ما يأتى : « أن إنكار التوقيع بالختم المعترف ببصمته يجعل الدليل القانونى المستفاد من الورقة ناقصاً نقصاً يكاد يكون مطلقاً . وبما أن المتمسك بالورقة هو المكلف بتقديم الدليل كاملا على دعواه ، فعليه هو إثبات توقيع خصمه بالختم عند إنكاره كى ما يتم له الاستدلال . والقول بأن الإقرار ببصمة الختم دون التوقيع به يعتبر قرينة على هذا التوقيع من شأنها إلزام المنكر بإثبات عدم توقيعه أو بالادعاء بالتزوير هو قول فيه مخالفة صريحة للقاعدة الأولية المنصوص عليها فى المادة ٢١٤ مدنى وهى جعل عبء الإثبات على المدعى . على أنه يلزم أن يكون إنكار التوقيع جدياً لا يكذبه الظاهر من وقائع الدعوى بحيث لو تراءى للمحكمة من تلك الوقائع وظروفها أن الورقة المتنازع عليها صحيحة ، وأن الإنكار لم يكن الغرض منه إلا المطل والمكيدة ، فلها مطلق السلطة فى الحكم بصحة الورقة دون الإحالة على التحقيق بشرط بيان أسباب ذلك الحكم » (استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٠٦ ص٣٦٧) .

وكان حكم الدوائر المجتمعة هذا عقب اختلاف واضطراب فى القضاء فى خصوص هذه المسألة . فن المحاكم ما كان يقضى بالمعنى الذى أخذت به الدوائر المجتمعة : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٧٥ (الاعتراف بالختم لا يمنع دعوى الإنكار لأن الختم منفصل من صاحبه فيجوز التوقيع به دون علمه ، بخلاف الإمضاء فان الاعتراف بها مع إنكارها لا يتصور) — استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٧ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٢ — وفى إنكار التوقيع يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى من أنكر توقيعه (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨) ، أما الطعن بالتزوير فلا يجوز فيه توجيه اليمين الحاسمة (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) — ومن المحاكم ما كان يقضى بأن صاحب الختم هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه لم يوقع الورقة بختمه ولكن دون حاجة لأن يسلك فى ذلك طريق الطعن بالتزوير : محكمة الاستئناف الأهلية فى ٩ وفى ١٩ يناير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٠٠ — محكمة اسوان ٢٠ نوفبر المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٦ — ومن المحاكم ما كان يقضى بأن صاحب الختم ما دام قد اعترف ببصمة ختمه لا يبقى أمامه إذا أراد عدم الاعتراف بالتوقيع إلا طريق الطعن بالتزوير : محكمة الاستئناف الأهلية ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ ص ٥٥ — ٧ يناير سنة ١٩٢٤ و٢٨ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٦ ص ٢٠ — استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٢ — ١٠ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٧ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

وبعد إنشاء محكمة النقض اضطردت أحكام هذه المحكمة على عكس ما قضت به محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة ، ويمكن القول أن القضاء قد استقر الآن فى مصر على أن من يقر ببصمة ختمه لا يجوز له أن ينكر التوقيع بالختم إلا إذا سلك طريق الطعن بالتزوير . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون المصرى أقام حجية الأوراق على شهادة ذات الإمضاء =

اعترف بالورقة أو سكت عن إنكارها أو أنكرها وأثبت التحقيق صدورها منه، يجوز له أن يطعن فى هذه الورقة العرفية بالتزوير ، كما يجوز له ذلك فى الورقة

= أو الختم الموقع به عليها ، فى اعترف الخصم الذى تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به عليها هو إمضاؤه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الإنكار بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم . ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيـــه من ذلك ، فإن هذه هى منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسار فيها بطريقها القانونى ، ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم ، بل لا يعرف إلا إنكار بصمة الختم (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) . وقضت أيضاً بأن القانون فى باب تحقيق الخطوط لا يعرف إلا إنكار الختم ذاته ، فمن يعترف بالختم ولكن ينكر التوقيع به لا يقبل منه هذا الإنكار ، بل عليه أن يدعى بالتزوير فى الورقة ويقيم هو الدليل عليه . فإذا دفع شخص بإنكار التوقيع ، فلا يصح النظر فى دفعه على اعتبار أنه إنكار للتوقيع ، بل المتعين على المحكمة أن تثبت اعتراف المتمسك بهذا الدفع بختمه ثم تقضى بعدم قبول هذا الدفع بالإنكار . وإن عدم قبول إنكار التوقيع بالختم المعترف به لا يسيغ الحكم بصحة الورقة المنكورة ولا بتوقيع الغرامة على الدافع بهذا الضرب من الإنكار ، لأن الحكم بصحة الورقة لا يكون كما هو صريح نص المادة ٢٧١ مرافعات (٢٧٦ جديد) إلا فى حق الدفع بالإنكار المنصب على ذات الختم أو ذات الكتابة أو ذات الإمضاء ، والذى يقبل وينظر موضوعاً ويجرى فيه التحقيق بالطريق المرسوم فى القانون أو بغيره من الطرق القانونية التى يراها القاضى ، ثم يتبين بعد التحقيق أن إنكار ذات الختم أو ذات الكتابة أو ذات الإمضاء هو إنكار غير صحيح . كما أن الحكم بالغرامة لا يوقع إلا إذا حكمت المحكمة بصحة الورقة ، والحكم بصحتها ممتنع فى صورة عدم قبول الدفاع بإنكار التوقيع بالختم مع الاعتراف به كما تقدم ، وإذن الغرامة لا يمكن توقيعها فى تلك الصورة لانتفاء شرط توقيعها (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا اعترف شخص بختمه ولكنه أنكر التوقيع به ، وقبلت المحكمة الدفع بإنكار التوقيع ورأت بعد بحثه موضوعياً أنه دفع غير جدى وقضت برفض طلب الإحالة على التحقيق وبصحة الورقة وبتوقيع غرامة على من دفع بهذا الضرب من الإنكار ، ونقضت محكمة النقض هذا الحكم فيما يتعلق بقبوله الدفع بإنكار التوقيع بالختم مع الاعتراف به ثم بفصله فى موضوعه مقررة أن هذا الإنكار غير مقبول ، وقضت تبعاً لذلك بعدم صحة الحكم فيما قضى به من صحة الورقة ومن الغرامة ، فحكم محكمة النقض بعدم قبول إنكار التوقيع وبما يستتبعه من تلك النتيجة لا يمس ما للورقة من القيمة ، بل إنها تبقى حافظة لقوتها كورقة معترف بصحة الختم الموقع به عليها ولا تقبل مطلقاً سوى الطعن فيها بالتزوير (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١ وهو نفس الحكم السابق) . وقضت كذلك بأنه إذا طعن أحد الخصـــوم بالتزوير فى ورقة على اعتبار أن مورثه المنسوب له التوقيع على عقد ما لا ختم له مطلقاً ، فلا مانع قانوناً من أن يعيد طعنه على اعتبار أنه مع تسليمه بأن بصمة الختم =

الرسمية ، ويحمل هو عبء إثبات تزويرها [1] .

١١٢ — حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع التى وردت بها :

ويجب التمييز بين صدور البيانات المدونة فى الورقة العرفية ممن وقعها (réalité matérielle) — وهذه كما رأينا تقوم عليها قرينة مؤقتة تسقط بمجرد إنكار الورقة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير — وبين صحة هذه البيانات فى ذاتها (sincérité morale) ، وهل هى وقائع جدية أو هى صورية . فاذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلا أن بيعا صدر من شخص إلى آخر وأن المشترى قبض الثمن ، افترض أن هذه الوقائع جميعها جدية غير صورية ، وكان ذكرها فى الورقة

= الموقع به على ذلك العقد صحيحة ، فإن مورثه لم يوقع بنفسه بهذا الختم عليه أو أنه قد حصل تزوير فى العقد بالمحو والكشط والتحشير فى جزء منه . وإذن فلا يقبل الطعن بطريق النقض المقدم منه متى ثبت أن الحكم المطعون فيه قد اقتصر على إثبات صحة بصمة الختم دون التعرض لمسألة التوقيع على العقد بمعرفة مورثه ، لأن حقه فى الطعن أمام محكمة الموضوع فى التوقيع على العقد بمعرفة مورثه وفى الطعون الأخرى التى لم تقدم لمحكمة الموضوع لا يزال محفوظاً فى هذه الحالة ، فلا مصلحة له فى الطعن أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٩) — انظر أيضا نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٥ ص ٤٠٩ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن عدم تمكن المدعى من إثبات صدور عقد من هو منسوب إليه لا يؤخذ منه حتما أن هذا العقد مزور ، وأن الحكم برد العقد وبطلانه لا يكون إلا بناء على دعوى تزوير يقيمها من نسب هذا العقد إليه (استئناف ٥ أبريل سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسألة قبول دعوى التزوير بعد الإنكار مسألة خلافية ، فإذا أخذت المحكمة بالرأى القائل بقبولها كان لها أن تحكم بما تراه وإن جاء مخالفاً لما حكمت به أولا ، وإلا لما كان هناك معنى للقول بجواز قبولها بعد الإنكار . وإذا حصل الإنكار وحكم بصحة الورقة المنكورة ، ثم طعن فيها بالتزوير وقبلت أدلته وحكم برد الورقة وبطلانها ، لم يبق فى القضية إلا الحكم الثانى الصادر فى دعوى التزوير وهو وحده الحكم المعتمد . فلا محل إذن للقول بوجود تناقض موجب لرفع التماس عن الحكم الثانى (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٥٠ ص ١١٥) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه يجوز الطعن بالتزوير فى ورقة سبق الحكم بصحتها بعد اتباع إجراءات تحقيق الخطوط أو بعد الإقرار بها متى توافرت أدلة جديدة على تزويرها (استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٤ ص ٩٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المسلم أن الخصم ، حتى بعد تمام إجراءات تحقيق الخطوط ، يستطيع أيضاً أن يطعن فى الورقة بالتزوير ، ولكن يجب أن تجتمع عنده أدلة منتجة =

العرفية قرينة على أنها صحيحة . ولكنها قرينة يجوز دحضها باثبات العكس[1] . فلصاحب التوقيع أن يثبت فى مواجهة الطرف الآخر أن البيع صورى أو أن الثمن لم يقبض . ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار — كما فعل عندما أنكر صدور الورقة منه — بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة . ومن هذه القواعد أنه لايجوز ، بالنسبة إلى الطرف الآخر ، إثبات مايخالف الكتابة أو مايجاوزها إلا بالكتابة .

ويدخل فى صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية . فالتاريخ الذى تحمله هذه الورقة تفترض صحته ، حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته كذا ، ولا يثبت هنا أيضاً مايخالف المكتوب إلا بالكتابة[2] .

كذلك قيام التصرف القانونى فى ذاته ، من صحة ونفاذ وغير ذلك ، كل هذا ينفتح باب الطعن فيه أمام صاحب التوقيع ، ولا يمنعه اعترافه بصدور الورقة منه من أن يطعن فى التصرف القانونى - لا فى الورقة — بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بعدم مشروعية السبب أو بأى دفع موضوعى أو شكلى آخر .

= مقبولة تكفى لهدم عناصر الإثبات التى سبق تقديمها فى إجراءات تحقيق الخطوط (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٦) . وقضت أيضاً بأنه يمكن الالتجاء إلى إجراءات الطعن بالتزوير فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى فى خلال إجراءات تحقيق الخطوط ، فتوقف هذه ، ويسار فى تلك (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٣) . انظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٣ (يجوز الطعن بالتزوير فى ورقة عرفية بعد الاعتراف بالتوقيع أو الخط أو بعد تحقيق ذلك) .

انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٠ ص ٩١٨ — ص ٩١٩) .

(١) أما فى الورقة الرسمية فقد رأينا أن صحة البيانات فى ذاتها يجب التمييز فيها بين ما يعد إنكاره طعناً فى أمانة الموثق فيجب سلوك دعوى التزوير فى هذا الإنكار ، وبين البيانات التى لايتضمن إنكارها طعناً فى أمانة الموثق والإنكار هنا يكتفى فيه بتحميل المنكر عبء إثبات العكس كما هى الحال فى جميع البيانات الواردة فى الورقة العرفية (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٦ — ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩١ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٦ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ .

=

المطلب الثانى

حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير

١١٣ — *تعريف مبدئى للغير* : الغير هنا — كالغير فى حجية الورقة الرسمية — هو كل شخص يجوز أن يسرى فى حقه التصرف القانونى الذى تثبته الورقة العرفية، ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذه الورقة كدليل على التصرف الذى يراد أن يسرى فى حقه . وهو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن .

وسنرى أن « الغير » تضيق دائرته فى حجية تاريخ الورقة العرفية(١) .

ونستعرض حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير — كما استعرضناها فيما بين الطرفين — (ا) من حيث صحة صدورها من صاحب التوقيع . (ب) ومن

= وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إن تاريخ الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون فى هذه الورقة من البيانات . ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسى فى هذه الحالة، أن يلتزم أحكام القواعد العامة فى ذلك . ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابى ، إذ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

هذا ولما كان الغالب أن صحة التاريخ فيما بين الطرفين لا تناقش إلا عند ادعاء تقديم التاريخ أو تأخيره بطريق الغش ، وكان الغش يبرر الإثبات بجميع الطرق ، فإنه يقع كثيراً أن يتمكن أحد الطرفين أن يثبت فى مواجهة الآخر عدم صحة التاريخ حتى بالبينة أو بالقرائن (استئناف مصر ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٠٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٠ هامش رقم ١٠٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٠ — ص ٩٢٢) .

(١) «والغير» — كما هو معروف — يختلف تحديده تبعاً لأوضاعه المختلفة . فالغير فى حجية الورقة العرفية قد حددناه ، وسنحدده تحديداً آخر فى التاريخ الثابت ، وفى حجية الشئ المقضى ، وفى الصورية . وله تحديد خاص يختلف عما تقدم فى أثر العقد أو سريانه وفى التسجيل . وهو فى كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع . والفكرة المشتركة فى كل هذه الأوضاع أن أثراً قانونياً معيناً قد يمتد لشخص تقضى المبادىء العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه ، فيعتبر من «الغير» بالنسبة إلى هذا الأثر .

حيث صحة الوقائع التى وردت بالورقة . ونضيف مسألة ثالثة لها هنا أهمية خاصة : (ج) ومن حيث صحة التاريخ الذى تحمله الورقة .

١١٤ — (أ) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها ممن وقع عليها : هى نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذى قدمناه . فتعتبر الورقة العرفية ، بالنسبة إلى الخلف العام (الوارث والموصى له بجزء من التركة) والخلف الخاص والدائن ، صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر — صاحب التوقيع لا الغير — صدورها منه دون حاجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير[1] . أما إذا اعترف بالورقة أو سكت ، فقد أصبحت الورقة حجة عليه وعلى الغير معاً ، وإذا أراد هو ، أو أراد الغير ، إنكارها بعد ذلك فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير[2].

وإذا احتج بالورقة العرفية بعد موت صاحب التوقيع على الوارث أو الموصى له أو الخلف الخاص أو الدائن ، فان هؤلاء لا يطلب منهم إنكار صريح ، كما كان يطلب من صاحب التوقيع ، لإسقاط حجية الورقة العرفية ، بل يكتفى من أى منهم ، حتى لا تكون الورقة حجة عليه إلا بعد التحقيق ، أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق .

---

(١) ونص التقنين الجديد أدق فى هذا المعنى من نص التقنين القديم . فقد كان النص القديم يقضى بألا تكون الأوراق العرفية «حجة على غير المتعاقدين بها إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً» ، فكان النص يوهم أن الورقة العرفية لا تكون حجة فى جميع مشتملاتها على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . أما نص التقنين الجديد فيقضى بألا تكون « الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت» ، فهى إذن فى غير التاريخ حجة على الغير دون حاجة لتاريخ ثابت . وقد كان المشروع الأولى الذى وضعه الاستاذ استنويت فى الإثبات يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، ولكن حذف هذا النص فى المشروع التمهيدى اكتفاء باستنباط الحكم من مضمون نص المادة ٣٩٥ (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٤ مكررة ص ٩٠ وفقرة ٦٣ ص ٨٦ هامش رقم ١) .

(٢) انظر مقالا للأستاذ سليمان مرقس فى قوة المحررات العرفية فى الإثبات منشوراً فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤ ص ٢٥٩ . وسنعود للإشارة إلى هذا المقال القيم .

وهذا بعد كل ما يستطيع أن يؤكده ، فلا يطلب منه أكثر من ذلك(١).

١١٥ — (ب) حجية الورقة العرفية بالنسبة الى الغير من حيث صحة الوقائع التى وردت بها : وهنا الحجية أيضاً هى نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذى قدمناه . فللوارث مثلاً أن يثبت صورية الوقائع الواردة فى الورقة العرفية وفقاً للقواعد المقررة فى الإثبات . وكذلك يفعل الخلف الخاص والدائن ، ويلاحظ هنا أن كلا من هذين يعتبر من الغير فى الصورية ، فله أن يثبتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن (٢) .

ولهؤلاء جميعاً أن يدفعوا التصرف القانونى الذى تثبته الورقة العرفية بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التى كانت لصاحب التوقيع . فلهم أن يطلبوا إبطال

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فليس فى الوسع ، إزاء ما يفرق هذين المركزين ، إلا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفى علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن تلقى عنه حقه ، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة . على أنه رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من التقنين الكندى ، فنص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها درءاً لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك فى استعمال الرخصة المخولة له . وقد آثر المشروع استعمال عبارة التقنين الهولندى ، فنص على أنه يكتفى من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإمضاء لمورثه ، دون أن يجتزىء من الوارث بنفى العلم بإمضاء مورثه . فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة ، أو نفى الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتاً قوتها فى الإثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط . وقد جرى القضاء المصرى على ذلك رغم خلو التقنين الراهن من نص خاص فى هذا الشأن (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٩ — ص ٣٧٠) .

(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله فى قوة المحررات العرفية فى الإثبات (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) ، وقد جاء فيها ما يأتى : « . . . حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير فى المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) يكون المحرر العرفى حجة بذاته ، ولا يحتاج إلى ثبوت تاريخه بوجه رسمى إلا لإمكان الاحتجاج بتاريخه فقط . فمثلا إذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتهن من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع العرفى الصادر من الراهن ، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخ البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشترى من الاحتجاج عليه بحصول البيع ومن اعتبار نفسه حائزاً للعقار المرهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ومن وجوب اتخاذ الإجراءات ضده » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

التصرف لنقص الأهلية أو للغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، ولهم أن يدفعوا ببطلان التصرف لعدم مشروعية المحل أو السبب أو لعدم استيفاء الشكل ، ولهم أن يتمسكوا بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء ، إلى غير ذلك من الدفوع .

أما صحة التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فله شأن آخر ، وهو ما ننتقل الآن إليه .

١١٦ — (ج) حجية الورقة العرفية بالنسبة الى الغير من حيث صحة التاريخ الذى تحمله الورقة : هذه هى أهم مسألة فى حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير . فالورقة العرفية تحمل تاريخاً معيناً ، يفترض فيما بين الطرفين أنه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس . فهل للتاريخ هذه الحجية بالنسبة إلى الغير ؟

ظاهر أن هذا لا يمكن التسليم به . فقد يكون الطرفان متواطئين فى تقديم التاريخ أو فى تأخيره لتحقيق غرض معين . يتواطآن فى تقديم التاريخ حتى يتفاديا مثلا الطعن بالدعوى البولصية من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذى تشهد به الورقة العرفية فيقدمان تاريخ الورقة حتى يكون البيع أسبق من سند الدائن فلا يستطيع هذا أن يطعن فى البيع بالدعوى البوليصية . أو يقدمان تاريخ البيع حتى لا تطعن الورثة بأنه وقع فى مرض الموت . وقد يتواطآن فى تأخير التاريخ حتى يتفاديا الطعن فى التصرف بنقص الأهلية ، فيؤخرا تاريخ الورقة ليخفيا أن أحد المتعاقدين كان قاصراً وقت التعاقد[1] .

فالمعقول إذن ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً على وجه قاطع ، وعلى هذا جرى نص القانون . وحتى نتناول هذه المسألة بالبحث نستعرض أولا نص القانون ، ثم نحدد ثانياً من هو المقصود بالغير ، ثم نبين ثالثاً ما هى الأوراق العرفية التى تخضع لتطبيق القاعدة ، ثم نتكلم أخيراً فى الطرق التى يصبح بها التاريخ ثابتاً فى هذه الأوراق .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٣ ص ٨٨ .

١١٧ — (أولا) النصوص القانونية : تنص المـادة ٣٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ـ لاتكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت . ويكون تاريخ الورقة ثابتاً : (ا) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص (د) من يوم وفاة أحـد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعـلة فى جسمه ، وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه » .

« ٢ — ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المـادة على المخالصات » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتين ٢٢٨—٢٩٣/٢٢٩—٢٩٤(٢)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت . ٢ — ويكون لها تاريخ ثابت : (ا) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص أو عضو من أعضاء الهيئة القضائية (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة يكون معترفاً بها ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه (ﻫ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث . ٣ — ومع ذلك يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » . وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان الأولى والثانية فى فقرة واحدة ، وعدل صدر المادة للوصول إلى المعنى المقصود فأصبح : « لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت » ، وأدمج البند (ﻫ) فى البند (د) مع إضافة عبارة تجعل البند (ﻫ) المدمج حكماً عاماً بعد تخصيص . وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه نهائياً فى التقنين الجديد ، وأدمج فى المشروع النهائى تحت رقم ٤٠٨ . ووافق عليه مجلس النواب، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٥، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٢ وص٣٧٥ — ص ٣٧٦) .

(٢) كانت المادة ٢٩٣/٢٢٨ من التقنين المدنى القديم تنص على ما يأتى : «لكنها (المحررات الغير الرسمية) لا تـكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا» . وكانت المادة ٢٩٤/٢٢٩ تنص على ما يأتى : «ثبوت التاريخ يكون إما بقيد المحررات المذكورة فى سجل عمومى بتمامها أو ملخصها فقط إذا كانت مؤشراً عليها بما يفيد حصول التسجيل . وكذلك=

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٥٦ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ١٥٢ ، وفى التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٢ (١) - ويقابل

= يكون التاريخ ثابتاً إذا كان فى المحررات خط أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان توفى أو كانت عليه إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة ونحوهم » .

ولم يستحدث التقنين الجديد شيئا . ولكن النص الجديد جاء أدق فى الصياغة ، فثبوت التاريخ لازم لحجية التاريخ وحده ، وسبل إثبات التاريخ أكثر تنوعاً وأوسع إحاطة . على أن التقنين الجديد لم يفعل إلا أنه قنن القضاء المصرى فى كل هذا .

(١) التقنينات المدنية العربية : قانون البينات السورى م ١١ . ١ — لا يكون السند العادى حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت . ٢ — ويكون له تاريخ ثابت : ا) من يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل . ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ . ج) من يوم أن يؤشر عليه حاكم أو موظف مختص . د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر ثابت أو معترف به من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة أصبع ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه . ه) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن السند قد صدر قبل وقوعه . ٣ — ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف ألا تطبق هذه المادة على الوصولات . ٤ — لا تشمل أحكام هذه المادة الأسناد والأوراق التجارية ولو كانت موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدنى ، وكذلك أسناد الاستقراض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقترض .

وقد وقع القانون السورى فى عدم الدقة التى وقع فيها المشروع التمهيدى للتقنين المصرى : فالسند العرفى لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت ، وذلك بالنسبة إلى تاريخه وحده لا بالنسبة إلى مشتملاته .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥٦ (مطابقة لنص التقنين المصرى فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٥٢ — لا يعد السند ذو التوقيع الخاص صحيح التاريخ إلا بالنظر إلى المتعاقدين ، ولا يعد صحيح التاريخ بالنظر إلى الغير إلا من يوم إخضاعه لمعاملة التسجيل أو من يوم إثباته فى سند رسمى أو من يوم وفاة أحد الموقعين أو من يوم إدراج خلاصته فى سند رسمى — إن أحكام هذه المادة لا تشمل المواد التجارية ، فالرهونات التجارية والسفاتج والسندات المكتوبة لأمر والتحاويل (الشكات) تعد من المواد التجارية عند تطبيق الفقرة السابقة وإن تكن موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدنى ، وكذلك السندات ذات التوقيع الخاص المختصة بعمليات تسليف عملها التاجر إما على المكشوف أو مقابل رهن أية كانت صفة المقترض .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٢ (مطابقة لنص التقنين المصرى الجديد) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص ألا فرق فى الأحكام فى هذه المسألة ما بين التقنينات المدنية العربية المختلفة ، وقد أحسن القانون السورى واللبنانى صنعاً فى النص صراحة على اخراج الأوراق والرهون التجارية من أحكام هذه المادة .

فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٢٨ (١) .

١١٨ — (ثانياً) من هو المقصود «بالغير» فى تاريخ الورقة العرفية: ليس «الغير» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية هو نفس «الغير» بالنسبة إلى حجية البيانات الأخرى الواردة فى هذه الورقة . فقد رأينا أن الغير فى الحالة الثانية هو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن ، أى كل شخص يجوز أن يسرى فى حقه التصرف القانونى الذى تشهد به الورقة العرفية ومن ثم يجوز أن يحتج عليه بها . أما الغير بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فهو أخص من ذلك . ويجب أن نستمد تحديد منطقته من الوضع الذى هو فيه .

ويحسن قبل أن نحدد هذا «الغير» أن نحدد أولا من لا يعتبر «غيراً» ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تحديد «الغير» .

١١٩ — من لا يعتبر «غيراً» بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية : لا يعتبر «غيراً» ، فيحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية وذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، كل من كان ممثلا فى التصرف الذى تشهد به الورقة . ومن ثم لا يعتبر « غيراً » :

(١) الطرفان فى الورقة العرفية ، فهذان يكون التاريخ العرفى للورقة حجة عليهما . فاذا كان أحدهما قاصراً أو محجوراً عليه ، واتفق الطرفان على تأخير التاريخ حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت القصر ، أو على تقديمه حتى لاينكشف أن التصرف قد صدر وقت الحجر ، كان التاريخ المؤخر أو المقدم حجة عليهما ، إلا أن يثبت ذو المصلحة منهما أن التاريخ غير صحيح . ولما كان

---

(١) وتنص المادة ١٣٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى على مايأتى : «السندات العرفية لا يكون لها تاريخ ثابت يحتج به على الغير إلا من يوم تسجيلها ، أو من يوم وفاة من وقعها أو وفاة أحد من وقعوها ، أو من يوم أن أدرج مضمونها فى أوراق رسمية حررها موظفون عامون وذلك كمحاضر وضع الأختام أو محاضر الجرد » .

(Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire).

تأخير التاريخ أو تقديمه قد وقع هنا تهرباً من أحكام القانون ، فانه يجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن (١).

(٢) الأصيل إذا كان أحد أطراف الورقة العرفية هو نائبه ، سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكيل أو قضائية كالحارس القضائى أو قانونية كالولى والوصى والقيم . فتاريخ الورقة العرفية التى يوقعها النائب يكون حجة على الأصيل ولو لم يكن تاريخاً ثابتاً ، إلا إذا أثبت الأصيل عدم صحة التاريخ وأنه قدم مثلا حتى لا ينكشف أن التصرف صدر فى وقت كانت النيابة فيه قد انقضت ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من الغش . وهو لا يعتبر « غيراً » لأنه كان ممثلا فى التصرف الذى أبرمه النائب لحسابه ، فيكون التاريخ العرفى لهذا التصرف حجة عليه إلى أن يثبت أنه غير صحيح (٢) .

---

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ٥١٢ — فقرة ٥١٣ — لوران ٥ فقرة ٣٢٠ — فقرة ٣٢٢ و ١٩ فقرة ٢٩٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٩ — فقرة ٢٣٥٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله فى قوة المحررات العرفية فى الإثبات — مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٦ — محكمة استئناف مصر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ (يجوز للقيم على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه إذا زالت عنه أسباب الحجر ، أن يطعن فى صحة التواريخ الموضوعة على العقود العرفية التى لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على الحجر ، إلا أن عبء الإثبات فى جميع ذلك يقع على عاتق القيم أو المحجور عليه ، فلهما إقامة الدليل بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن على وقوع الغش فى المحررات المشار إليها بتقديم أو تأخير التواريخ الموضوعة عليها) .

كذلك التاريخ العرفى لمخالصة تمت ما بين شخص قد بلغ سن الرشد ووصيه يكون حجة على الأول ، إلى أن يثبت عدم صحة التاريخ وأنه أخر حتى لا يقع فى مدة سابقة على الفصل نهائياً فى الحساب وفقاً للمادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية .

انظر مثلا آخر أورده بودرى وبارد لشخص رتب إيراداً لشخص آخر مدى حياة شخص ثالث ، بورقة تاريخها غير ثابت يسبق موت الشخص الثالث بأكثر من عشرين يوماً ، فيكون هذا التاريخ حجة على الدائن بالإيراد إلى أن يثبت أنه قدم ليكون سابقا على الموت بهذه المدة تطبيقاً لأحكام المادة ١٩٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٠ — ص ٨٠) .

(٢) ديمولومب ٢٩ فقرة ٢١٦ — لوران ١٩ فقرة ٣٠١ — أوبرى ورو ١٢ ص٢٤٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٨٣ — بيدان وپرو ٩ =

(٣) الوارث وكل خلف عام كالموصى له بحصة من التركة . ذلك أن الخلف العام يعتبر ممثلا فى جميع العقود التى يبرمها السلف ، فتسرى فى حقه هذه التصرفات أياً كان تاريخها إلى يوم موت المورث . وما دام أنه كان ممثلا فى التصرف ، فلا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخه . فالبيع المدون فى ورقة عرفية الصادر من المورث يكون حجة فى تاريخه العرفى على الوارث كما هو حجة على المورث ، ومن ثم لاتعتبر العين المبيعة جزءاً من التركة يمتد إليها حق الوارث [١].
و إذا باع شخص داراً بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ، وكان محجوراً عليه للسفه ولكن تاريخ الورقة سابق على تسجيل قرار الحجر ، فان هذا التاريخ يكون حجة على السفيه وعلى ورثته جميعاً ، ولا يستطيع أحد منهم أن ينقض هذه الحجية إلا إذا أثبت أن التاريخ قد قدم عمداً حتى يصور البيع واقعاً فى وقت لم يكن فيه البائع محجوراً عليه ، وأن التاريخ الحقيقى كان بعد تسجيل قرار الحجر (م ١١٤ — ١١٥ مدنى) . ولما كان تقديم التاريخ فى هذه الحالة يعتبر غشاً ، فيجوز للوارث إثبات عدم صحته بجميع الطرق [٢].

= فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٩٦ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٣١ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥ .

(١) نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة القانون والاقتصاد ١١—٢٣—٣٢ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفى للسند الموقع عليه من المورث حجة على ورثته ، ما لم يطعنوا فى صحة التاريخ بحصوله خطأ سهواً أو عمداً أو ما لم يطعنوا بتزويره (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٤٧ ص ٩٠٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه وإن كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف أن يتمسك فى وجه باقى الورثة بالتاريخ العرفى الذى وضعه المورث ، إلا أن لهؤلاء الورثة الحق فى أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية ومنها قرائن الأحوال أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام لجعل صدور التصرف فى وقت بعيد عن الشبهات (١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٠ ص ٥٥٠) . وقضت محكمة النقض بأن الموصى له بحصة فى التركة لا يعتبر « غيراً » فى معنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) إذا هو ادعى أن العقد الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه ممثلا فى شخص القيم عليه أن يدعيه . ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاء بغش واحتيال على القانون ، كان إثباته بأى طريق من طرق الإثبات جائزاً له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات لأنه مدع والبينة على من ادعى ، فان هو أثبته =

والوارث لا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية كما قدمنا، يستوى فى ذلك أن يدفع البيع الصادر من مورثه بمقولة إنه صدر بعد تسجيل قرار الحجر للسفه ، أو بمقولة انه صدر من المورث وهو فى مرض الموت . فى الحالتين معاً يكون التاريخ غير الثابت حجة عليه . وفى الحالتين معا يستطيع أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع طرق الإثبات ، ما دام أن هذا التاريخ قد قدم غشاً لإخفاء أن البيع إنما صدر بعد تسجيل قرار الحجر أو صدر فى مرض الموت . ولا يعتد — فى صدد حجية التاريخ — بأن الوارث فى حالة الحجر إنما يهاجم البيع باعتباره خلفاً لمورثه فيستمد منه هذا الحق كما لو كان المورث هو الذى يهاجم البيع ، وهو فى حالة مرض الموت إنما يهاجم البيع بمقتضى حق له خاص (droit propre) استمده من القانون ضد المشترى والمورث جميعاً . لا يعتد بهذا الفرق ، قلنا ، فى صدد حجية التاريخ ، وإنما يعتد به فى صدد سريان البيع . فاذا أثبت الوارث أن البيع قد صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، جاز له ، باسم مورثه ، أن يطلب إبطال البيع للسفه . أما إذا أثبت أن البيع قد صدر فى مرض الموت ، جاز له ، باسمه هو لا باسم مورثه ، أن يطلب عدم سريان البيع فى حقه فيما زاد على ثلث التركة . وهذا بخلاف حجية التاريخ ، فيستوى فيها أن يهاجم الوارث التصرف الصادر من مورثه المحجور بمقتضى حق استمده منه وخلفه عليه ، أو يهاجم التصرف الصادر من مورثه وهو فى مرض الموت بمقتضى حق شخصى استمده من القانون . ففى الحالتين توافرت له المصلحة فى مهاجمة التصرف . و إذا كانت هذه المصلحة قد استمدها من مورثه فى الحالة الأولى ومن شخصه فى الحالة الثانية ، فان هذا لا يمنع من أنه ليس « غيراً » فى الحالتين ، فيحتج عليه فيهما معاً بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من مورثه

= سقطت حجية التاريخ العرفى للعقد، وإن لم يثبته بقيت هذه الحجية (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧) . هذا ويلاحظ أن الموصى له بحصة من التركة إذا لم يستطع إثبات التاريخ الحقيقى ، فقامت حجية التاريخ العرفى فى حقه ، يستطيع ، مع التسليم بأن التصرف صدر قبل تسجيل قرار الحجر ، أن يتمسك بالمادة ١١٥ فقرة ٢ مدنى فيثبت أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (وفى حالة الحجر للجنون أو العته يتمسك بالمادة ١١٤ فقرة ٢ فيثبت أن حالة الجنون أو العته كانت شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها) .

انظر أيضاً بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٣ — فقرة ٢٣٥٤ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٣٢٥ — ص ٢٢٦ وهامش رقم ١٠٦ .

إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح (١) .

والذى أوقع اللبس فى هذه المسألة هو الخلط مابين « الغيرية » فى سريان التصرف « والغيرية » فى ثبوت التاريخ . فالوارث ، فى تصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، يعتبر «غيرا» من ناحية سريان هذه التصرفات فى حقه ، فهى لاتسرى عليه فيما يجاوز ثلث التركة . ولا يعتبر «غيراً» من ناحية ثبوت التاريخ ،

(١) وما نقرره فى هذه المسألة يخالف ما سبق أن قررناه فى الموجز (فقرة ٦٣٨ ص ٦٦٩) ، ويخالف ما أجمع عليه الفقه فى مصر من أن الوارث يعتبر «غيراً» فى التصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت : انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فى تصرفات المريض مرض الموت فقرة ٢٣ ص ٢٩٧ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى أصول الالتزامات فقرة ٢٠٠ ص ٢٩٦ — الأستاذ شفيق شحاته فى الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ — الأستاذ محمد على عرفة فى حجية المحررات العرفية بمجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٤ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٤ (وهو يعتبر الوارث من الغير ولكن يلقى عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح ، وفى هذا القول تناقض يرجع إلى أن الوارث متى ألقى عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح فقد صار التاريخ العرفى حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته ، وهذا معناه أنه لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى هذا التاريخ العرفى) .

وقد أخذ الفقه المصرى يتحول عن هذا الرأى الخاطىء الذى يذهب إلى اعتبار الوارث من الغير فى التصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت . ويرجع الفضل فى هذا التحول إلى الأستاذ سليمان مرقس ، فقد أثبت فى مقاله القيم : (قوة المحررات العرفية فى الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت : مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧— ص ٣٠٤) ، خطأ الرأى الشائع فى الفقه المصرى ، ثم خلص من ذلك إلى التنبيه لما لهذا الرأى الخاطىء من أثر عملى سىء ، فقال : « إن الأخذ بهذه النظرية (النظرية التى تعتبر الوارث فى تصرفات المريض مرض الموت من الغير) يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه — وهذا هو الغالب فى الموت — ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التى صدرت منه طوال حياته إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى . ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية أن يسجل تاريخها فى الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة . وبتعبير آخر أن القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة فى كافة المحررات العرفية وفى جميع الأحوال . فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافاً لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية . ولا يخفى ما ينطوى عليه هذا التعميم من إرهاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات» (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) . انظر أيضا الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ .

=

فيحتج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح[١] .

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة فهو متردد مضطرب . بدأ يأخذ بالرأى الصحيح . ثم رجع عنه إلى الرأى الخاطىء . ثم وقف بين الرأيين : فهو من الناحية العملية على هدى من أمره إذ يجعل تاريخ التصرف الصادر فى مرض الموت حجة على المورث إلى أن يثبت عدم صحته، وهو من الناحية الفقهية يبدو أنه خلط — ولا يزال يخلط — بين « الغيرية » فى سريان التصرف و «الغيرية» فى ثبوت التاريخ[٢] .

وقد سار الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى كتابه الإثبات (ص ١٣٩ — ص ١٤٣) على هذا الرأى الصحيح ، وختم بيانه فى هذه المسألة بالعبارة الآتية : « يخلص من هذا أن الوارث يعتبر بحسب الأصل خلفاً عاماً لمورثه ، يسرى فى حقه ما كان ساريا فى حق مورثه . ولكن الشارع جعل حق الوارث متعلقاً بالتركة من وقت مرض الموت . فخوله حق الطعن فى تصرفات مورثه أثناء هذا المرض . وبهذا يصبح الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر هذه التصرفات ، فلا تنفذ فى حقه إلا بالقدر الذى تنفذ به الوصية . ولكن لا يعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٣٩٥ مدنى، فيكون تاريخ التصرف العرفى حجة عليه بوصفه خلفا عاما، إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ولما كان الغرض من تغيير التاريخ فى هذه الحالة هو الغش والاحتيال على القانون ، فانه يجوز للوارث أن يثبت هذا الاحتيال بجميع الطرق القانونية » (الإثبات ص ١٤٣) .

(١) وسنرى أن هذا يصدق أيضاً على الدعوى البولصية . فالدائن ، فى طعنه بالدعوى البولصية على التصرف الصادر من المدين ، يعتبر «غيراً» من ناحية سريان هذا التصرف فى حقه ، فلا يسرى عليه . ولا يعتبر «غيراً» من ناحية ثبوت التاريخ ، فيحتج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من المدين إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح .

ويتبين من ذلك أن الوارث ، بالنسبة إلى التصرفات الصادرة فى مرض الموت ، والدائن ، بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، إنما يعتبران من الغير فى خصوص سريان أثر العقد لا فى خصوص ثبوت التاريخ .

(٢) نقول إن القضاء المصرى فى هذه المسألة مر بمراحل ثلاث :

ففى المرحلة الأولى كان يأخذ بالرأى الصحيح ، ويقرر أن الوارث فى تصرفات مورثه فى مرض الموت لا يعتبر من «الغير» من حيث تاريخ التصرف ، فيحتج عليه بهذا التاريخ إلى أن يثبت عدم صحته . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التاريخ العرفى لتصرف صدر من المورث فى مرض الموت حجة على ورثته لأنهم يمثلونه (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٦٣٥ ص ٨٤٧) — وقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفى للعقد الصادر من المورث فى مرض موته حجة على الوارث باعتباره متلقياً حقه من المورث (١٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ =

وتأثر التقنين المصرى الجديد بهذا القضاء فى مرحلته الأخيرة . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ على ما يأتى : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع

= رقم ٥ ص ١٥) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث يخلف المورث فى كل ماله وما عليه بالنسبة إلى الحق الموروث ، وبأن العقد العرفى الصادر من المورث فى مرض الموت حجة على الوارث ، وبأن للوارث ما كان لمورثه وعليه ما عليه فللوارث الطعن فى تاريخ هذا العقد باعتبار أنه وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، فإذا هو لم يطعن وجب الأخذ بالتاريخ العرفى (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٥٧ ص ٩٠٧) .

وفى المرحلة الثانية رجع عن هذا الرأى الصحيح إلى الرأى الخاطىء الذى ساد بعد ذلك فى الفقه المصرى . وكان الحكم الصادر من محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة هو المؤذن بهذا التحول ، مع أن هذا الحكم لا يعرض «للغيرية» من ناحية ثبوت التاريخ بل يعرض لها من ناحية سريان التصرف . فقد فصل فى مسألة اختصاص القضاء الشرعى أو القضاء الوطنى عند الطعن فى الوقف بوقوعه فى مرض الموت ، فجاء فى أسباب حكمه ما يأتى : « ... أن الوقف (فى مرض الموت) فى ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره . ولكن لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشارع ثم القانون حكما لنفاذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث ، لا بصفته وارثاً يمثل مورثه فى كل حقوقه وعهوده ، بل بصفته أجنبياً (tiers) تعلقت له فى ذمة الواقف حقوق ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى سن القانون لحمايته دعوى إبطال التصرفات من وقف أو بيع أو غير ذلك ... » . (استئناف مصر الدوائر المجتمعة فى ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٠ ص ٧٥٥) . وظاهر أن الحكم عندما عرض لوارث الواقف فى مرض الموت بصفته أجنبياً (tiers) إنما يتحدث عنه فى معرض نفاذ الوقف فى حقه لا فى معرض ثبوت التاريخ . ومع ذلك توهمت بعض المحاكم أن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف عنت أن يكون الوارث «غيراً» حتى فى تاريخ التصرف الصادر من المورث فى مرض موته . فقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفى للتصرف المطعون فيه لا عبرة به مطلقاً بعد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة بتاريخ ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ الذى قطع بأن الوارث الذى يطعن ضد سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبياً تعلقت له فى ذمة المورث حقوق (٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٧٦) . وكان قد صدر قبل ذلك ، بل وقبل حكم الدوائر المجتمعة ، حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية فى هذا المعنى الخاطىء ، يقضى بأن الوارث الذى يعطيه القانون حق الطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقاً شرعياً يجعله ينقلب من طبقة الخلف إلى طبقة الغير ، فلا يحتج عليه إلا بالاوراق ثابتة التاريخ (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وتوالت الأحكام ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، تجعل الوارث «غيرا» فى التاريخ العرفى لتصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة عليهم ، ولا يكلفون بإثبات عدم صحته . ولا يحتج عليهم إلا بالتاريخ الثابت : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٠ ص ٦٨٢ — ١٤ يونية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٥ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٨٣ ص ٥٦٨ — =

الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . فالأصل أن الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم

= محكمة الجيزة الجزئية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٩ ص ٦٨٦ . وقد احتج بعض هذه الأحكام بأن الوارث ذا النصيب المضمون (héritier réservataire) فى القانون الفرنسى يعتبر « غيرا » فى التاريخ العرفى للهبات التى تصدر من مورثه ، ولكن الصحيح أن الوارث لا شأن له فى ذلك ، والموهوب لهم فيما بينهم هم الذين يعتبرون من «الغير» .

وفى المرحلة الثالثة — وهى المرحلة الحالية — وقف القضاء المصرى موقفا صحيحا من الناحية العملية ، ولكنه غير واضح من الناحية الفقهية . وقد بدأت محكمة استئناف مصر هذا الموقف بأن قضت بأن الوارث يعتبر فى حكم الغير بالنسبة إلى جميع التصرفات الصادرة من المورث إضراراً بحقوقه المكتسبة بحكم القانون — وهذا صحيح ، ومعناه أن الوارث يعتبر « غيرا » من حيث سريان هذه التصرفات لا من حيث عدم الاحتجاج بالتاريخ العرفى . ولكن المحكمة بنت على ما قدمته أن الوارث لا يصح ، والحالة هذه ، أن يحتج عليه بالتاريخ العرفى الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث إضراراً بحقه — وهذا خطأ ، لأن الوارث لا يعتبر «غيرا» من حيث التاريخ ، فيحتج عليه إذن بالتاريخ العرفى . ثم عقبت المحكمة بأن للوارث الحق فى أن يثبت بكافة الطرق ومنها قرائن الأحوال أن التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام بصدور التصرف فى وقت بعيد عن الشبهات — وهذا خطأ آخر من وجهة نظر المحكمة ، لأن الوارث ما دام قد اعتبر «غيرا» فى تاريخ التصرف فلا يصح الاحتجاج عليه بالتاريخ العرفى ولا يجوز تكليفه بإثبات عدم صحة هذا التاريخ إذ هو لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن الصدفة أرادت أن يكون هذا الخطأ الثانى قد صحح الخطأ الأول من الناحية العملية ، فصار التاريخ العرفى يحتج به على الوارث ثم أجيز للوارث أن يثبت عدم صحته . وكان الواجب حينئذ أن يعتبر الوارث من الناحية الفقهية خلفاً لا غيراً من حيث التاريخ العرفى ، ولكن المحكمة سمته مع ذلك « غيراً » وإن كانت قد استبقت له خصائص الخلف (انظر محكمة استئناف مصر ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٥٠) . وعلى هذه الوتيرة — وهذا التكييف الفقهى الخاطىء — توالت الأحكام بعد ذلك . فقضت محكمة استئناف مصر مرة أخرى بأن « الأصل أن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه ، وعلى ذلك تكون المحررات العرفية الصادرة من المورث حجة عليه . إلا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه . فى هذه الحالات ، لأجل أن يستفيد الوارث — باعتباره من الغير — بالقرينة الواردة فى المادة ٢٢٨ مدنى (٣٩٥ جديد) التى تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين خول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، لا أن يفرض نفسه فرضا فى مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير إثبات ما يدعيه . فإذا طعن ورثة فى سند صادر من مورثهم لزوجته اعتماداً على أن السند تحرر فى مرض الموت ، فهم فى هذا الوضع وإن كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم فى مرض موته ، إلا أنهم فى طعنهم هذا يكونون فى مركز المدعين ، ومن ثم فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن التصرف المطعون فيه قد وقع فعلا فى مرض الموت» (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ =

يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو فى مرض الموت ، كانت له مصلحة فى إثبات عدم صحة التاريخ وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف

= ص ٦٩) . ولم تغفل محكمة النقض إلا أن جارت هذا الاتجاه ، خلافا لما ظنه الأستاذ سليمان مرقس (مقاله فى قوة المحررات العرفية فى الإثبات المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٤ وكتابه فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١) . فقضت بأن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت إضراراً بحقه المستمد من القانون — ونبادر إلى القول بأن هــذه « غيرية » من حيث نفاذ التصرف ، ولكن محكمة النقض بنت عليها « غيرية » من حيث حجية التاريخ ، فعقبت على ما قدمته بأن للوارث أن يطعن على هــذا التصرف ، وأن يثبت مطاعنه بجميع طرق الإثبات ، وإذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف ثابتا رسميا فان له ، مع تمسك الوارث الذى صدر لمصلحته هذا التصرف بتاريخه العرفى ، أن يثبت حقيقة هــذا التاريخ بجميع طرق الإثبات أيضــا (نقض مدنى ٢٣ يناير ســنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٧١ ص ٨٧٩) . ولم يتحرر هذا الموقف كثيراً فى الأحكام التالية . فقد عادت محكمة النقض تقول : «إن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصــادر من مورثه إلا إذا كان هذا التصرف واقعا فى مرض الموت اضراراً بحقه الشرعى فى الميراث ، فإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسميــا وكان ســابقا على بدء هذا المرض ، فان كل ما للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق أن التــاريخ غير صحيح وأن إبرام العقد إنمــا كان فى مرض الموت (نقض مــدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٧ ص ٦٦١) . والواقع أن محكمة النقض لا تزال فى موقف غير واضح من الناحية الفقهية . وهى ، وإن كانت من الناحية العملية قد عالجت الموقف بما عالجته محكمة استئناف مصر فجعلت التاريخ العرفى حجة على الوارث وأجازت له أن يثبت بجميع طرق الإثبات عدم صحته ، لم تجعله مع ذلك خلفــا من حيث التاريخ العرفى . ومنعها من التصريح بهذا الأمر فى وضوح ما لحته من الشبهة . ذلك أن الوارث « غير » من حيث سريان التصرف ، فهل يستتبع ذلك أن يكون « غيراً» من حيث حجية التاريخ العرفى؟ وهل معنى « الغيرية » هنا يقتصر على أن التــاريخ العرفى يكون حجــة عليه إلا إذا تولى إثبات عدم صحته ؟ لا يبدو من أحكام محكمة النقض أنها تجيب على هذين السؤالين بالنفى إجابة صريحة ، وكان هذا هو الواجب : انظر محكمة النقض ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠١ ص ٣٢٢ — وقارن ١٥ أبريل ســنة ١٩٤٣ مجموعــة عمر ٤ رقم ٤٩ ص ١٣٢ — وانظر ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٥٠٤ ص ١١٠٦ . ولذلك لم يدهشنا — كما أدهش الأستاذ سليمان مرقس وهو يعتقد كما قدمنا أن محكمة النقض تأخذ بالرأى الصحيح الذى يقول به — أن تعود المحكمة فتقرر أن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير إلا إذا كان طعنه على التصرف الصــادر من مورثه هو أنه ، وإن كان فى ظاهره بيعا منجزاً ، إلا أنه يخفى فى حقيقته وصية إضراراً بحقه فى الميراث ، أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية ، لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القــانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بهــا الاحتيال على قواعــد الإرث التى تعتبر من النظام العام (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ =

من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصى فى الميراث . إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم . لكن تأتى بعد ذلك العبارة الأخيرة : « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً »[1]. وهى عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها — كما هو ظاهر العبارة — إن التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث لايحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها — كما هو التأويل المستخلص من سياق النص — أن التاريخ العرفى لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذى يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن

= المحاماة ٣١ رقم ٢٨٥ ص ٩٨٤) . انظر فى هذه المسألة مقال الأستاذ سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، وكتابه فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٩ — ص ١٤٢ .

على أننا — إنصافاً لمحكمتنا العليا — ننقل حكما واحدا لها يبدو أنها فيه قررت الرأى الصحيح فى هذه المسألة . فقد قضت بأن الوارث — بحكم كونه خلفا عاما لمورثه — لا يمكن أن يعد من « الغير » فى معنى المادة ٢٢٨ مدنى (٣٩٥ جديد) ، بل حكمه — بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التى يكون المورث طرفا فيها — حكم مورثه . فتاريخها يكون — بحسب الأصل — حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتا رسميا ، سواء كانت صادرة إلى وارث أو إلى غير وارث . ولكن إذا ادعى الوارث أن تصرف المورث كان غشا واحتيالا على القانون إضراراً بحقه الشرعى فى الميراث ، فطعن فيه بأنه صدر فى مرض الموت وأن تاريخه غير صحيح ، فيجوز له أن يثبت مدعاه ، ويكون عليه عبء الإثبات إذ هو مدع والبينة على من ادعى ، وتطلق له كل طرق الإثبات إذ المضرور بالغش لم تكن له خبرة فيه فلا وجه للتضييق عليه فى إثباته بحصره فى طريق دون طريق . فإذا كانت المحكمة حين قضت ببطلان البيع الصادر من المورث إلى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون فى العقد بصدوره فى مرض الموت ، وهم ورثة للبائع ، لا يحاجون بتاريخ عقد البيع غير المسجل بزعم أنهم من الغير ، وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطا بالتاريخ الثابت ثبوتا رسميا دون التاريخ الأول (العرفى) ، غير آبهة لدفاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت فى ذلك التاريخ غير الثابت رسميا ، فإن حكمها بذلك يكون مخالفا للقانون ، إذ هذا التاريخ يكون حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يثبتوا عدم صحته (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٨) . ولكن لا مناص من الإشارة إلى أن هذا الحكم القيم سبقته وتلته الأحكام التى أسلفنا ذكرها .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : « ولايحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٨) .

يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح ، ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهى ! فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفى حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ! [١].

(٤) الدائن العادى . فهو لا يعتبر « غيراً » فى تاريخ الورقة العرفية التى صدرت من مدينه ، ويكون هذا التاريخ حجة عليه . ذلك أنه لا يدعى حقاً خاصاً على مال بالذات لمدينه ، فليس له إلا حق الضمان العام على جميع أموال المدين . فكل تصرف يبرمه المدين فى أمواله يسرى فى حق الدائن العادى ، إذ ينتقص التصرف من هذا الضمان العام أو يزيد فيه ، فيعتبر الدائن ممثلا فى التصرف ، ويكون التاريخ العرفى حجة عليه كما هو حجة على المدين . على أن الدائن العادى ، بوجه عام ، لا يعنيه تاريخ التصرف الصادر من مدينه ، فسواء صدر هذا التصرف قبل نشوء حقه أو بعد ذلك ، فالتصرف سار فى حقه ، وينتقص من ضمانه العام أو يزيد فيه حسب الأحوال . مثل ذلك أن يبيع المدين داراً يملكها ، فخروج هذه الدار من ملكه انتقص من ضمان الدائن ، ويستوى فى ذلك أن يكون البيع قد صدر قبل نشوء الدائن أو بعده ، ومن ثم كان التاريخ العرفى الذى تحمله ورقة البيع حجة على الدائن بقدر ما هى حجة على المدين . ويستطيع الدائن — كما يستطيع المدين — أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفى إذا كانت له مصلحة فى ذلك. وفى المثل السابق لا مصلحة له . وتكون له مصلحة لو أن المدين باع الدار وهو محجور عليه وقدم تاريخ البيع إلى وقت سابق على تسجيل قرار الحجر ، فهذا التاريخ العرفى حجة على الدائن كما هو حجة على المدين ، ويستطيع كل منهما — المدين بمقتضى حقه الأصيل والدائن باستعمال حق مدينه إذا كان هناك محل لذلك — أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق كما قدمنا لإبطال البيع الذى صدر من المدين وهو محجور عليه[٢] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ والدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٤٢ — ص ١٤٣ .

(٢) والدائن العادى ، بالنسبة إلى دائن عادى آخر ، كل منهما ليس من الغير ، إذ لا تفاضل بينهما بالتاريخ ، والمتقدم لا يحجب المتأخر ، بل الاثنان سواسية فى الرجوع على المدين . وإذا دفع دائن عادى بأن حق دائن عادى آخر قد سقط بالتقادم فتاريخ الأوراق العرفية التى يتمسك بها الدائن العادى الآخر لرد هذا الدفع لا يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن العادى الأول ، لأن هذا ليس من الغير (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١) . =

ونرى من ذلك أن الدائن العادى قد يعنيه التاريخ الذى صدر فيه تصرف مدينه ، ولكن لا ليكون «غيراً» مادام المدين قد مثله فى هذا التصرف، بل لأن له مصلحة تخول له ، مع بقاء التاريخ العرفى حجة عليه ، أن يثبت عدم صحته . ويتحقق ذلك فى دعويين : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

أما فى الدعوى غير المباشرة فالدائن يطالب بحق لمدينه المعسر ، تعمد هذا المدين عدم المطالبة به إضراراً بدائنه ، أو فى القليل أهمل فى المطالبة غير مبال بما يترتب على هذا الإهمال من مساس بالضمان العام الذى لدائنه على أمواله . هنا يتقدم الدائن ، نائباً عن المدين والنيابة أضفيت عليه بحكم القانون ، لمطالبة مدين مدينه بهذا الحق . فهو يعمل بمقتضى ماله من ضمان عام على أموال مدينه ، ولا يزال باقياً فى هذه المرحلة التمهيدية لم يجتزها إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون الدائن فى هذه الحالة « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه إلى مدين المدين . فاذا تقدم مدين المدين ، فى الدعوى غير المباشرة ، بورقة عرفية صادرة من المدين تفيد إبراءه من الدين مثلا ، كان التاريخ العرفى لهذه الورقة حجة على الدائن كما هو حجة على المدين . فالدائن ليس « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ هذه الورقة ، ولا يشترط أن يكون هذا التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ، وذلك لسببين : أولهما أن الدائن إنما يعمل نائبا عن المدين ، فما يحتج به على المدين يحتج به على الدائن . والسبب الثانى أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة لم يفعل غير أن يحافظ على ضمانه العام ، فهو لم ينتقل كما قدمنا إلى مرحلة التنفيذ كما هو شأن الدائن الحاجز الذى انتقل بالحجز إلى هذه المرحلة ، فاذا سلم أن الدائن الحاجز يصبح بالحجز «غيراً» كما سنرى ، فان ذلك لا يستتبع أن يكون الدائن الذى باشر الدعوى غير المباشرة من «الغير»(١) . على أنه يلاحظ أن الدائن إذا لم يكن

= أما الدائن المرتهن فهو من الغير بالنسبة إلى دائن مرتهن آخر ، إلا إذا كان التفاضل بينهما لا بثبوت التاريخ كما فى المنقول ، بل بالقيد كما فى العقار ، فعند ذلك نخرج من منطقة ثبوت التاريخ إلى منطقة القيد كما سنرى (انظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص٣٠٢) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ — ص٩٢٧).

(١) أنظر فى أن الدائن لا يكون « غيراً » فى الدعوى غير المباشرة لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٥ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٢ — لوران ١٩ فقرة ٣٢٦ وفقرة ٣٢٨ — هيك ٨ فقرة ٢٥٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٨ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ — =

«غيراً» فى الدعوى غير المباشرة ، وأنه يحتج عليه بالتاريخ العرفى للورقة المثبتة للأبراء الصادرة من مدينه ،إلا أنه يستطيع — كما يستطيع المدين — أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأنه قدم حتى يقع الإبراء فى وقت سابق على رفع الدعوى غير المباشرة . وله فى هذه الحالة أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لما انطوى عليه من الغش . وعند ذلك يستطيع أن يطعن فى الابراء بالدعوى البولصية ليجعله غير سارٍ فى حقه .

= الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ ص ١٣٩ — استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣ .

ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة يعتبر من « الغير » ، لأن الدائن برفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه فيصبح له حق خاص على موضوعها ، واستعمال الدعوى غير المباشرة « يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال محبوساً عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يتصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أى عمل يضر الدائن ، أو بعبارة أخرى كما يقول لابيه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار . وما دام الأمر كذلك فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كمركز الدائن الحاجز حجزاً تنفيذياً ، وبالتالى فانه يشبه مركز الخلف الخاص من حيث إنه يعتبر فى حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة فيضره مجرد تقديم تاريخ هذه التصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر — خلافاً للرأى السائد — من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى » (الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله قوة المحررات العرفية فى الإثبات مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨ — وانظر أيضاً كتابه فى أصول الإثبات فقرة ٦٧ ص ١٠٣) .

وسترى أن الأستاذ سليمان مرقس لا يعتبر الدائن فى الدعوى البولصية من الغير ، وهو على حق فيما ذهب إليه من ذلك . ويتعذر التسليم بعد هذا بأن يكون الدائن فى الدعوى غير المباشرة من «الغير» بينما هو فى الدعوى البولصية ، والدائن فيها لا يمثل المدين بتاتا ، يعتبر « خلفا » . ويؤسس الأستاذ سليمان مرقس ما ذهب إليه من اعتبار الدائن فى الدعوى غير المباشرة « غيرا » على أنه يكون بمثابة الدائن الحاجز . ولسنا من هذا الرأى . فالدائن فى الدعوى غير المباشرة لا يزال كما قدمنا فى المرحلة التمهيدية التى تسبق التنفيذ ، ولم يصل بعد إلى مرتبة الدائن الحاجز الذى بدأ التنفيذ فعلا . والمدين فى الدعوى غير المباشرة لم تغل يده عن التصرف فى ماله ، بخلاف المدين فى الحجز فإن يده مغلولة عن التصرف منذ توقيع الحجز. وتنتهى الدعوى غير المباشرة إلى دخول الحق فى مال المدين فيبدأ عند ذلك الدائن فى التنفيذ عليه بالحجز ، أما الحجز فيؤدى مباشرة إلى أن يستوفى الدائن حقه من المال المحجوز (انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٣٩ وهامش رقم ٢) . ويخشى الأستاذ سليمان مرقس من القول بأن الدائن فى الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من الغير لأن « القول بهذا الرأى يسمح للمدين الذى رفع دائنه الدعوى باسمه أن يتواطأ =

وننتقل الآن إلى الدعوى البولصية . وفيها أيضاً لايعتبر الدائن من «الغير» . فهو ، وإن لم يكن يعمل فى هذه الدعوى — كما كان يعمل فى الدعوى غير المباشرة — كنائب عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصى ، إلا أنه لا يزال دائناً عادياً لم ينتقل بعد إلى مرحلة التنفيذ . صحيح هو يعمل بمقتضى حق خاص أعطاه له القانون ، ولكن شأنه فى ذلك هو شأن الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، كلاهما يعمل بمقتضى حق خاص به ، وهذا الحق الخاص هو الذى تقوم عليه مصلحته فى الطعن . ولا يزال الدائن الذى يباشر الدعوى البولصية واقفاً عند مرحلة التمهيد للتنفيذ ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى يباشر الدعوى غير المباشرة ، كلاهما يعمل بمقتضى حق الضمان العام ، وكلاهما دون مرتبة الدائن الحاجز الذى انتقل بالحجز إلى مرحلة التنفيذ . وفى المثال المتقدم إذا أبرأ المدين مدينه من الدين بورقة عرفية تاريخها غير ثابت ، كان هذا التاريخ حجة على الدائن ، لا عند مباشرته الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً عند مباشرته للدعوى البولصية . ويستطيع الدائن هنا أيضاً أن يثبت عدم صحة التاريخ ، بجميع الطرق ، ليصل إلى إثبات أن تاريخ الإبراء متأخر — لا عن تاريخ مباشرته للدعوى غير المباشرة كما كان يفعل عندما كان يباشر هذه الدعوى — بل عن تاريخ نشوء حقه وهو الآن يباشر الدعوى البولصية . ونرى من ذلك أن الدائن فى الدعوى البولصية ليس «غيراً» ، فيحتج عليه بالتاريخ العرفى لتصرف مدينه ، إلى أن يثبت عدم صحته[1]. ونطبق هذا الحكم على مثل آخر :

= مع مدينه ، فيعطيه محرراً عرفيا مثبتا لمخالصة أو لإبراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التى كان يسعى إليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٦) . ويبدو أن هذه الخشية لا محل لها ، فإن المدين إذا تواطأ مع مدينه على هذا النحو ، استطاع الدائن أن يطعن فى التصرف بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فالمدين معسر ، والتصرف مفقر وتال لحق الدائن ، والتواطؤ موجود .

(١) وهذا الرأى يخالف إجماعا يكاد ينعقد عليه الفقه الفرنسى : ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٠ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٣٦٠ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ ص ٧٤٩ — بلانيول وريبير ورادوان ٧ فقرة ٩٥٧ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ — دى باج ٣ فقرة ٢٢٧ (الفقه البلجيكى) ، وإجماعا مماثلا يكاد ينعقد عليه الفقه المصرى : دى هلتس فقرة ٦٨ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ١ ص ٢٢٣ — ص ٢٢٥ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٢١ — =

يبيع المدين بورقة عرفية سيارة يملكها، فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية . فلا الدائن يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية، ولا المشترى يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن . أما أن الدائن لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفيـة فلما قدمناه . وينبنى على ذلك أن هذا التاريخ يكون حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قـدم غشاً ليكون سابقاً على حقه تفادياً للدعوى البولصية . وإما أن المشترى لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن ، فذلك لأن المشترى قد تركز حقه فى السيارة التى اشتراها ولم يتركز حق الدائن فى هذه السيارة بالذات، إذ هى لا تعدو

= الأستاذ محمد على عرفة فى مقاله فى حجية المحررات العرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٢٥ — الموجز فقرة ٦٣٨ (وقد كنا فى الموجز نساير هذا الإجماع) . انظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة ١٣ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ .

ونحن هنا ، فى مخالفتنا لهذا الإجماع ، نوافق الأستاذ سليمان مرقس فيما ذهب إليه من أن الدائن لايعتبر «غيرا» فى الدعوى البولصية (انظر مقاله المعروف فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٣ وكتابه فى الإثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) . وإليه يرجع الفضل ، هنا أيضا ، فى تحرير المسألة وتجليتها ، لاضد إجماع الفقه المصرى فحسب ، بل أيضا ضد إجماع الفقه الفرنسى . ومما يتقدم به لتأييد رأيه ما يأتى : «إن القول بأن الدائن فى هذه الحالة (حالة الدعوى البولصية) يخاصم مدينه ويتهمه بالغش ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ فى حقه لايتعين أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) ، وذلك لأنه إذا كان يكفى لاعتبار الدائن من الغير فى الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك فى عرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن إذا اتهم المدين بالغش فما ذلك إلا للاستحصـال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ أثر التصرف المطعون فيه . وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير ما دام لم يحصل على هذا الحكم . فهو عند رفع الدعوى لا يزال يعتبر فى حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفى المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته» (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨١) .

والحجة الرئيســية التى يتقدم بها أصحاب الرأى القائل باعتبار الدائن من الغير فى الدعوى البولصية هى أن الدائن يرفع هذه الدعوى بمقتضى حق له خاص استمده من القانون لا من مدينه ، وهو بهذا الحق يهاجم المدين لا يمثله . وقد رأينا — عند الكلام فى مرض الموت — أن هذا الحق الخاص لا يقلب الخلف فيكون «غيرا» ، فهو لم يقلب الوارث «غيرا» إذ يهاجم التصرف الصادر من مورثه فى مرض الموت . وإنما يقتصر على أن يجعل للدائن «مصــلحة» فى الطعن . ولولا وجود هذه المصلحة لما استطاع أن يهاجم تصرف مدينه فى الدعوى البولصية، ولا تصرف =

أن تكون داخلة فى ضمانه العام وليس له عليها حتى الآن حق الدائن الحاجز . فليس ثمة تعارض بين حق الدائن وحق المشترى الذى تركز فى السيارة بعينها ، وهذا التعارض شرط فى « الغير » كما سنرى . وينبنى على أن المشترى لا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن أن هذا التاريخ يكون ، هو أيضاً ، حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً ليكون سابقاً على تاريخ بيع السيارة تمكينا للدائن من مباشرة الدعوى البولصية (١) .

=مورثه فى مرض الموت . وهذه المصلحة تارة يستمدها من شخصه بمقتضى الحق الخاص الذى منحه إياه القانون كما نرى الآن فى الدعوى البولصية وكما رأينا فى مرض الموت ، وطورا يستمدها من سلفه بعد أن يخلفه عليها كما رأينا من قبل فى حالة الحجر وفى حالة الدعوى غير المباشرة .

على أن أنصـــار الرأى القائل بأن الدائن يعتبر من الغير فى الدعوى البولصية مختلفون فيما بينهم . فالأستاذ عبد المنعم فرج الصدة مثلا يذهب إلى أنه « إذا لم يكن تاريخ التصرف ثابتا وسابقا على الدين فلا يحتج به على الدائن ويعتبر لاحقا للدين» (الإثبات ص ١٣٤) . وهو فى هذا الرأى منطق مع مذهبه ، فمقتضى القول بأن الدائن يعتبر من الغير هو ألايكون تاريخ التصرف المطعون فيه حجة عليه إذا لم يكن ثابتا . أما الأستاذ أحمد نشأت فلا يرى « القول بأن تصرف المدين لا يسرى على الدائن العادى إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الدين ، لأن الأصل أن الدائن العادى مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة للدين ، وبالتالى ثابتة التاريخ وغير ثابتة التاريخ ، فلا يصح استثناء شىء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشا » (الإثبات ١ ص ٢٢٦) . وهنا يجعل الأستاذ نشأت الدائن من «الغير» فى الدعوى البولصية ، ولكنه فى الوقت ذاته يبيح لمن تصرف له المدين أن يحتج عليه بالتاريخ العرفى إلى أن يثبت الدائن عدم صحة هذا التاريخ . وفى هذا تناقض رأينا له نظيراً فى الاحتجاج بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر فى مرض الموت (انظر فى الرد على الأستاذ أحمد نشأت أصول الإثبات للأستاذ سليمان مرقس ص ١٠٤ هامش رقم ٢ والإثبات للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٤ هامش رقم ٢) .

(١) ويتبين من ذلك أن الدائن فى الدعوى البولصية إما أن يكون تاريخه ثابتا أو غير ثابت . فإذا كان تاريخه ثابتا ، وكان تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتا أيضا ، فلابد لنجاح الدعوى البولصية من أن يكون تاريخ الدائن هو الأسبق . وإن كان تاريخ التصرف غير ثابت احتج به بالرغم من ذلك على الدائن ، إلى أن يثبت هـذا أن التاريخ الصحيح متأخر عن تاريخه الثابت — وإذا كان تاريخ الدائن غير ثابت ، فإن كان تاريخ التصرف ثابتا ، جاز للمتصرف له أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفى للدائن غـير صحيح وأن التاريخ الحقيقى متأخر عن تاريخ التصرف . أما إذا لم يكن هناك تاريخ ثابت لا للدائن ولا للمتصرف له ، فلكل منهما أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخه هو الأسبق ، ولا تنجح الدعوى البولصية إلا إذا كان الدائن هو الذى يتمكن من إثبات ذلك (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٢٦ — وقارن أيضا نظرية العقد للمؤلف ص ٧٨٤ هامش رقم ٢) .

١٢٠ — من يعتبر « غيراً » بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية :
بعد أن استعرضنا من لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، ننتقل الآن إلى من يعتبر «غيراً» . ونبادر إلى القول إن «الغير» ، الذى يتطلب القانون أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتاً ليكون حجة عليه ، يجب ألا يكون ممثلا فى التصرف الذى تشهد به الورقة . وقد رأينا أن الأصيل والوارث والدائن العادى كلهم ممثلون فى التصرف فلا يعتبرون من « الغير » .

ولم يبق الآن إلا الخلف الخاص ، وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات . ويسرى فى حقه ، كما رأينا فى الجزء الأول من هذا الوسيط[1] ، تصرفات السلف المتعلقة بهذا المال إذا كانت سابقة على انتقال المال إلى الخلف ، ولا تسرى إذا كانت لاحقة . فتاريخ التصرف إذن له أهمية بالغة ، بل هو المحور الذى يدور عليه سريان التصرف فى حق الخلف أو عدم سريانه . ولما كان من اليسير على السلف أن يضيع على الخلف حقه ، بأن يعطى لغيره حقاً يتعارض مع هذا الحق ، وحتى يجعل تصرفه سارياً على الخلف يؤخر تاريخ التصرف بحيث يصبح سابقاً على تاريخ انتقال المال للخلف ، لذلك اشترط القانون ، تفادياً لهذا الغش الذى يعظم ضرره بقدر ما يسهل وقوعه وبقدر ما يصعب تجنبه ، أن يكون تاريخ التصرف ثابتاً حتى يحتج به على الخلف .

فالغير إذن فى تاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص . والخلف الخاص هو الذى يتلاءم وضعه مع « الغيرية » فيما نحن بصدده : شخص يخلف آخر فى مال معين بالذات ، وتكون تصرفات السلف نافذة فى حقه على هذا المال قبل تاريخ معين ، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على هذا التاريخ .

ويلحق بالخلف الخاص ، فى هذه «الغيرية» ، الدائن إذا تركز حقه فى مال للمدين معين بالذات . فيصبح «غيراً» بالنسبة الى تاريخ التصرفات التى تصدر من المدين فى هذا المال . ولا يتركز حق الدائن فى مال للمدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال . والحجز هو الحلقة الأولى فى مرحلة التنفيذ . أما

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٥٠ ص ٥٤٨ .

قبل الحجز ، حتى لو باشر الدائن الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية ، فانه لا يزال فى مرحلة سابقة على مرحلة التنفيذ ، وإن كانت تمهد لها . ذلك أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البولصية لم يتركز حقه بعد على مال للمدين معين بالذات ، بل هو لا يزال يستعمل حقه فى الضمان العام على أموال مدينه ، فلا يعتبر من الغير كما قدمنا. فاذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ بأن حجز على المال الذى باشر بالنسبة اليه الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية اعتبر من الغير . ووضعه ، كوضع الخلف الخاص ، يتلاءم مع هذه «الغيرية» . فهو مثله قد تركز حقه فى مال معين بالذات هو المال الذى حجزه ، ويخشى من تلاعب المدين فى هذا المال بالتصرف فيه وتقديم تاريخ التصرف ليصير سابقاً على الحجز ، فاشترط القانون ليسرى التصرف فى حق الدائن الحاجز أن يكون ثابت التاريخ وسابقاً على تاريخ الحجز .

أما الدائن لمدين شهر إفلاسه أو إعساره فهذا لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون غيراً بالنسبة الى تاريخ التصرفات التى تصدر من مدينه المفلس أو المعسر .

ونرى من ذلك أن الغير ، بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية ، هو الخلف الخاص ، ويلحق به الدائن الحاجز[1] ، ولا يعتبر غيراً دائن المدين المفلس أو المعسر . فنتكلم فى كل من هؤلاء .

---

(١) ونحن نؤثر أن نقف عند هـذا التحديد العملى للغير . أما التحديدات الفقهية فكثيرة : ا) من ذلك ما تقدم به أوبرى ورو من أنه يعتبر غيراً « كل من لم يكن طرفاً فى الورقة العرفية التى يراد تقدير حجيتها فى الإثبات ، ويكون له باسمه الخاص ، بمقتضى القانون أو بمقتضى اتفاق أبرم أو شرط وضعه أحد طرفى الورقة ، حقوق عينية أو شخصية يتعرض وجودها أو سلامتها للخطر لو سرى عليه ما تشهد به الورقة من تصرف قانونى أو واقعة قانونية » (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٤ – ص ٢٢٥)

"... tous ceux qui n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une dispositon faite par l'une des parties signataires, investis, en leur propre nom, de droits réels ou personnels dont l'existence ou l'efficacité serait compromise, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être opposé." =

١٢١ — الخلف الخاص يعتبر من الغير : نفرض أن صاحب سيارة باعها من آخر بعقد ثابت التاريخ . فالمشترى يكون، فى هذه السيارة، خلفاً

= ب) ومن ذلك أيضاً ما نراه فى كولان وكابيتان وموارنديير من أن « الغير فى معنى المادة ١٣٢٨ هم الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا فى التصرف ، وكسبوا من أحد المتعاقدين حقوقا يضرها هذا التصرف الذى تشهد به الورقة العرفية لو أن أسبقية التصرف قد ثبتت » (كولان وكابيتان وموارنديير ٢ فقرة ٧٤٩ ص ٥٠١ — انظر أيضا جان مارى أوسل (Aussel) رسالة فى الغير فى القانون المدنى الفرنسى مونبلييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٢) .

"Les tiers de l'article 1328, ce sont les personnes n'ayant pas figuré dans l'acte et ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relaté par l'écrit privé, si l'antériorité de cet acte était établi".

ج) ومن ذلك أيضاً التحديد الذى يقول به الأستاذ سليمان مرقس من «أن الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) يشمل كل شخص لم يكن طرفا فى المحرر العرفى ولا ممثلا فيه ، وكان حاصلا بمقتضى عمل قانونى صادر لمصلحته من أحد موقعى المحرر أو بمقتضى نص القانون على حق خاص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المحرر ، بحيث يؤثر فى حقه هذا التصرف المدون فى المحرر العرفى ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق » (المقال المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٦) .

د) هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الغير فى حكم المادة ٢٢٨ من القانون المدنى (٣٩٥ جديد) التى لا تعتبر المحررات العرفية غير ثابتة التاريخ ثبوتاً رسمياً حجة عليه هو الشخص الذى ليس طرفا فى المحرر العرفى ويعطيه القانون أو الاتفاق مع طرفى المحرر حقا ذاتيا عينيا أو شخصيا يصير فى خطر من جهة قيامه أو التمتع به إن سرى عليه حكم ما يثبت بالمحرر العرفى (استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ — انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٢) .

هـ) ويذهب بيدان وبرو (جزء ٩ فقرة ١٢٢١) إلى أنه يشترط فى الشخص ليكون « غيراً» شرطان : (أولا) ألا يكون طرفا فى الورقة العرفية أو ممثلا فيها (ثانيا) وأن يتمسك بحق يضره التصرف الذى تشهد به الورقة لو كان سابقاً عليه .

وبعد فهذه جملة صالحة من خير ما قيل فى تحديد « الغير » ، ويمكن أن يضاف إليها غيرها مما قيل فى ذلك . ولكننا لا نزال نؤثر أن نقول : إن «الغير» فى ثبوت التاريخ هو الخلف الخاص والدائن الحاجز على النحو الذى قدمناه .

ومن الخير ألا نتوسع فى رسم منطقة الغير فى ثبوت التاريخ ، وألا نتشدد فى هذه القاعدة . فهى قاعدة كان يمكن الاستغناء عنها ، والاكتفاء بإلقاء عبء إثبات الأسبقية فى التاريخ على المدعى . على أن القاعدة ليست قديمة ، ولم تعرف فى القانون الفرنسى القديم إلا فى النصف الأول من القرن السابع عشر . وحتى بعد أن عرفت لم يكن لها من الأهمية والشأن فى القانون الفرنسى القديم ما أضفى عليها بعد ذلك فى القانون الفرنسى الحديث (انظر فى ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٦) .

خاصاً للبائع . ولا يحتج عليه بأى تصرف آخر فى السيارة يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت . فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتر ثان ، فان المشترى الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف . ومن ثم فان تاريخ البيع الثانى إذا كان عرفياً لا يحتج به بتاتاً على المشترى الأول ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثانى قد صدر بعد البيع الأول ، حتى لو كان تاريخه سابقاً على ذلك . وإذا كان تاريخ البيع الثانى ثابتاً ، احتج به على المشترى الأول . فان كان سابقاً على تاريخ عقده ، فضل المشترى الثانى ، وإلا فضل المشترى الأول [1] . فاذا لم يكن تاريخ البيع الأول ثابتاً ، وكان البيع الثانى تاريخه هو الثابت ، فضل المشترى الثانى لأنه هو الذى يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ البيع الأول ، ولا يكون هذا التاريخ حجة عليه لأنه تاريخ غير ثابت . فاذا لم يكن لأى من البيعين تاريخ ثابت ، لم يعتبر أى من المشتريين «غيراً» فيحتج على كل منهما بالتاريخ العرفى الصادر للآخر ، ولكن يكون لكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ليدل بذلك على أنه هو صاحب التاريخ الأسبق . وغنى عن البيان إن كل هذا إنما يكون إذا لم يسلم البائع السيارة لأحد من المشتريين ، فان تسلمها أحدهما ملكها ، إما بعقد البيع إذا كان هو السابق ، وإما بالحيازة فى المنقول إذا كان هو اللاحق .

وقد أورد التقنين المدنى جملة من التطبيقات التشريعية للخلف الخاص الذى يعتبر من الغير ، نذكر منها :

١ — نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً الى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية» . فهنا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى خلف خاص ، فلا يحتج عليه بتاريخ الإيجار إلا اذا كان ثابتاً .

٢ — نصت المادة ١١١٧ على أنه «يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ،

---

(١) على أنه إذا كان تاريخ كل من المشتريين ثابتا فى يوم واحد ، ولم يعرف أيهما أسبق ، فالمكلف منهما بإثبات أسبقيته يعتبر عاجزاً عن هذا الإثبات ، ويفضل عليه صاحبه . ويذهب الأستاذ أحمد نشأت أن لكل منهما أن يثبت أنه صاحب التاريخ الأسبق ، كما فى حالة ما إذا لم يكن لأى منهما تاريخ ثابت (الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٩٦) .

إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن». فاذا ارتهن المنقول دائنان، متعاقبان، كان كل منهما «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الآخر، فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذى يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

٣ — نصت المادة ٣٠٥ فى حوالة الحق على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ» . فالمحال له خلف خاص فى الحق الذى انتقل إليه من المحيل ، ولا يحتج عليه فى حوالة أخرى صادرة من المحيل إلا بالتاريخ الثابت لهذه الحوالة . فان تمت الحوالة الأخرى باعلان إلى المدين فهذا الإعلان تاريخه ثابت لا محالة . و إن تمت بقبول المدين ، فالتاريخ الثابت لهذا القبول هو الذى يعتد به .

٤ — نصت المادة ١١٢٣ على أنه «١—لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا باعلان هذا الرهن اليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥—٢ — ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول» . وليس رهن الدين إلا تطبيقاً لحوالة الحق . فصاحب الحق يتصرف فيه بالحوالة بيعاً أو رهناً أو بأى تصرف آخر . وهنا أيضاً المحال له ، وهو الدائن المرتهن ، خلف خاص فى الحق الذى ارتهنه من صاحبه ، ولا يحتج عليه فى رهن آخر صادر من صاحب الحق إلا بالتاريخ الثابت على النحو الذى قدمناه فى حوالة الحق .

ويحسن ، قبل أن نترك «الخلف الخاص» ، أن نلاحظ أننا لم نجعله فى الأمثلة التى قدمناها خلفاً خاصاً فى عقار ، بل جعلناه مشترياً أو مرتهناً لمنقول أو دين ، لأن العقار يستلزم إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ ، هى التسجيل أو القيد ، وسنرى أنه يشترط فى التجرد «للغيرية» ألا يكون القانون قد تطلب إجراءات أخرى إلى جانب التاريخ الثابت [1] .

---

(١) أما المستأجر فلا يعتبر خلفا خاصا للمؤجر ، إذ لم ينتقل إليه حق عينى على العين المؤجرة . ومن ثم لا يكون «غيراً» بالنسبة إلى مستأجر آخر لنفس العين ، ولا تكون المفاضلة =

١٢٢ — الدائن الحاجز يعتبر من الغير : قدمنا أن الدائن الحاجز ، فى المال المحجوز ، يكون فى وضع الخلف الخاص على هذا المال . وهو وإن لم يكن كالخلف الخاص ذا حق عينى فى المال المحجوز إذ لا يزال حقه شخصياً ، إلا أنه ركز حقه فى هذا المال بالحجز ، وأصبح القانون يحميه من تصرفات مدينه التالية للحجز كما يحمى الخلف الخاص[1] . ومن ثم يصبح «غيراً» فى تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتشهد على تصرفه فى المال المحجوز ، فلا يحتج عليه بهذا التاريخ إلا إذا كان ثابتاً ، ولا يحتج عليه بالتاريخ العرفى ، بل يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا التاريخ تال للحجز فلا ينفذ التصرف فى حقه حتى لو كان التاريخ العرفى المدون فى الورقة سابقاً على الحجز . ويستوى فيما قدمناه أن يكون الحجز على منقول أو على دين للمدين فى ذمة الغير (حجز ما للمدين لدى الغير) أو على عقار .

أما فى الحجز على المنقول فتنص المادة ٥٠٨ من تقنين المرافعات على أنه «تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها فى محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس». فكل تصرف يصدر من المدين فى المال المحجوز بعد حجزه على هذا النحو لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على توقيع الحجز . فان

= بين المستأجرين المتعددين لعين واحدة بالأسبقية فى التاريخ الثابت كما تكون المفاضلة بين المشترين المتعددين لمنقول واحد فيما أسلفنا . . وقد وضعت المادة ٥٧٣ من التقنين المدنى قاعدة أخرى للمفاضلة ، فنصت على ما يأتى : « ١ — إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه هو الذى يفضل . ٢ — فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض » . (قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٧) .

(١) قارن ما يقول الأستاذان أوبرى ورو فى معنى أن الدائن الحاجز يعتبر من «الغير» : «ان الدائن الذى يحجز على أموال مدينه إنما يستعمل حقا يستمده من القانون لا من المدين . فهو يعمل ضد المدين . ومن الواضح أنه يكون من «الغير» من حيث انه يدافع عن الحجز بما يجلب من نفع وبما ينتج من أثر ضد تصرفات المدين» . (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٣٧ هامش رقم ١٢١ — انظر أيضا : لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٨ — توليه ٨ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٢) .

كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه تال لتوقيع الحجز ، فان التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز .

وفى حجز ما للمدين لدى الغير يحصل الحجز باعلان إلى المحجوز لديه ينهاه فيه الدائن الحاجز عن الوفاء بما فى يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه (م ٥٤٧ مرافعات) . ومن ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز «غيراً» ، وكل تصرف يصدر من المدين فى الحق المحجوز لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً سابقاً على توقيع الحجز . فاذا أبرز المحجوز لديه ورقة عرفية تتضمن إبراءه من الدين أو قبولا منه بحوالة صدرت من المحجوز عليه أو غير ذلك من التصرفات وكان تاريخ هذه الورقة العرفية غير ثابت أو كان ثابتاً ولكنه تال لتوقيع الحجز ، فان التصرف لا ينفذ فى حق الدائن الحاجز . وهناك رأى يذهب إلى أن الدائن الحاجز فى حجز ما للمدين لدى الغير لا يعتبر «غيراً» ، ولكن هذا الرأى أصبح اليوم مرجوحاً بعد صدور التقنين المدنى الجديد وفيه نصان يقضيان بجعل الدائن الحاجز فى مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه ليس بحق عينى . النص الأول يجعل الدائن الحاجز يشترك مع المحال له إذا سبق حجزه الحوالة ، إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ بأنه «اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبه إلى الحاجز بمثابة حجز آخر» . وهذا النص ، وكان موجوداً فى تقنين المرافعات القديم ، يعتبر فوق ذلك أن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة الى المحال له . والنص الثانى يجعل حجز ما للمدين لدى الغير مانعاً من المقاصة بالدين المحجوز ، اذ تقضى المادة ٣٦٧ بأنه «١ — لا يجوز أن تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير . ٢ — فاذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة أضراراً بالحاجز» . ولا يكون ذلك الا اذا كان للدائن الحاجز حق كسبه على الدين المحجوز يمنع من وقوع المقاصة ، وهذا الحق قد صرح به النص : «حقوق كسبها الغير» ، وهو ذاته الذى يجعل الدائن الحاجز فى مرتبة تضاهى مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه حق شخصى لا حق عينى كما قدمنا [1] .

---

(١) وقد انقسم الفقه الفرنسى فى اعتبار الدائن «غيراً» فى حجز ما للمدين ، فمن الفقهاء =

وفى الحجز على العقار يكسب الدائن الحاجز على العقـار المحجوز حقوقا صريحة واضحة تجعله فى مرتبة الخلف الخاص وتمنحه الحماية ذاتها فيعتبر «غيراً»،

= من يذهب إلى هذا الرأى : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ وهامش رقم ١٢٢ — لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٢٢ — هيك ٨ فقرة ٢٥١ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥١ — لوران ١٩ فقرة ٣٢٤ (بلجيكى) — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩١ — بيدان وبرو ٩ ص ٣٠٢ هامش رقم ٤ — دى باج ٣ ص ٧٤٣ (بلجيكى) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك : توليبه ٨ فقرة ٢٥١ — ديرانتون ١٣ فقرة ١٣٣ — ماركاديه ٥ م ١٣٢٨ . ونرى من ذلك أن الأغلبية فى الفقه الفرنسى تعتبر الدائن « غيراً » . وكذلك الحال فى الفقه المصرى : دى هلتس تحت لفظ actes فقرة ٧٩ — الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣ وفى كتابه أصول الإثبات ص ١٠٢ — ١٠٣ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ١ — الأستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٢١٨ ، وانظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٢٣ — فقرة ٢٢٤ .

أما القضاء الفرنسى فيذهب إلى أن الدائن فى حجز ما للمدين لا يعتبر « غيراً » ، ودفعه إلى هذا الموقف رغبته فى أن يجعل المخالصات الصادرة من المدين المحجوز عليه إلى المدين المحجوز لديه سارية فى حق الدائن الحاجز ولو لم تكن ثابتة التاريخ . ولكن المخالصات لها شأن آخر ، فسنرى أنها بمقتضى نص صريح تسرى بتاريخها العرفى فى حق « الغير » ولو لم يكن هو الدائن فى حجز ما للمدين ، وذلك لاعتبارات عملية . ويلجأ القضاء الفرنسى فى تبرير موقفه إلى القول بأن مركز الدائن الحاجز فى حجز ما للمدين يعدل مركز الدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين مدينه والفرق واضح بين المركزين : فالدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يعمل باعتباره نائباً عن المدين ، ورفع الدعوى ليس من شأنه أن يغل يد المدين عن التصرف فى حقه ، وما ينتج من الدعوى لا يصل إليه الدائن مباشرة بل لا بد من الحجز عليه . أما الدائن الحاجز فيحجز بمقتضى حق له خاص وهو فى ذلك يهاجم المدين لا ينوب عنه ، ثم إن الحجز يغل يد المدين عن التصرف فى حقه المحجوز عليه لدى مدين المدين ، وما ينتج من الحجز يصل إليه الدائن مباشرة دون حاجة إلى إجراء آخر . ولا فرق ما بين الحجز التنفيذى وحجز العقار من جهة وحجز ما للمدين لدى الغير من جهة أخرى : كل هـذه حجوز يدخل بها الدائن فى مرحلة التنفيذ ، وما حجز ما للمدين لدى الغير إلا ضرب من الحجز التنفيذى تكيف على نحو يتلاءم مع طبيعة الدين المحجوز عليه (بودرى وبارد ٤ ص ٩١ ناقلا عن لارومبيير) . قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ فى الإثبات فقرة ٢٢٣ — فقرة ٢٢٤ .

ومع ذلك فقد تأثرت محكمة الاستئناف المختلطة بالقضاء الفرنسى ، إذ قضت بأن الحاجز انما يمثل مدينه فى الدعوى التى يرفعها على المحجوز لديه بثبوت دين المدين فى ذمته ، ولذلك لا يكون له إلا سلوك طرق الإثبات الجائزة للمدين ، كما يجوز للمحجوز لديه أن يحتج عليه بالأوراق العرفية الصادرة من المحجوز عليه ولو لم يكن تاريخها ثابتاً قبل الحجز (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٠ — انظر الأستاذ عبدالمنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ٢) .

ولا يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من المدين الا اذا كان ثابتـا . فان كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتا ولـكنه تال للحجز ، لم يسر التصرف فى حق الدائن الحاجز ، شأنه فى ذلك شأن الخلف الخاص . وتطبيقا لهذه القاعدة تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٥ من تقنين المرافعات على أنه «يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً» . ثم تنص الفقرة الأولى من المـادة ٦١٦ من هذا التقنين على أنه «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز فى العقار ولا ما يترتب عليـه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحـاجزين ولو كانوا دائنـين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ ، ولا الراسى عليه المزاد ، اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية» [1] ثم تنص المادة ٦٢١ على أن «عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه تنفذ فى حق الحاجزين والدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزاد ، وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الايجار الواجبة الشهر . أما عقود الايجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه

---

(١) قضت محكمة النقض — قبل صدور تقنين المرافعات الجديد — بأن تسجيل التنبيه بنزع الملـكية لا ينشىء للدائن العادى نازع الملـكية حقا عينيا على العقار يجيز له (باعتباره غيرا) أن يتمسك بعدم تسجيل التصرفات الصـادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه فى صدد الاحتجاج بعدم نفاذ تلك التصرفات عليه ، بل كل ما فى الأمر أن هذا الدائن يصبح بهذا التسجيل ممن يشملهم لفظ «الغير» الذين أشارت إليهم المادة ٢٢٨ من القانون المدنى (٣٩٥ جديد) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبيه . أما إذا كان التصرف موضوع النزاع له تاريخ ثابت سابق على تسجيل التنبيه ، فإنه يعتبر تصرفا نافذا بالنسبة للدائن العادى ومانعاً له من التنفيذ على العين المتصرف فيها ، ولا يجوز له طلب إبطاله إلا إذا أثبت حصوله تواطؤا بين المتصرف والمتصرف له إضراراً بحقوقه هو ، وهذا حتى على فرض أن تسجيل التنبيه يمنع المدين من التصرف فى العقار الجارى نزع ملـكيته (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٣ — مجموعة عمر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥) . أما إذا كان المباشر للتنفيذ دائنا له حق مقيد ، فكانت محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) تعتبره «غيرا» فى معنى قانون الشهر ، فكل تصرف للمدين لم يشهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملـكية لا يكون ساريا فى حقه . وقد قضى تقنين المرافعات الجديد (م ٦١٦) على هذا الخلاف ، إذ جعل مناط سريان تصرف المدين فى حق الدائن ذى الحق المقيد وفى حق الدائن العادى على السواء هو شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه (الأستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٣٢ هامش رقم ١) .

فلا تنفذ فى حق من ذكروا الا اذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة» . وتنص أخيراً المادة ٦٢٤ على أن «المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الدائن الحاجز والدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزاد ، اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر ، فاذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها الا لمدة سنة »(١).

ويلاحظ أن الدائن المرتهن فى الرهن الرسمى ، فى خصوص الإيجار الصادر من الراهن وفى خصوص المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ، يعامل معاملة الدائن الحاجز (م ١٠٤٥ و ١٠٤٦ مدنى) ، لأن الراهن لا تغل يده بالرهن الرسمى عن إيجار العقار المرهون ولا عن قبض الأجرة المعجلة والحوالة بها ، فيصبح شأن الدائن المرتهن فى هذه التصرفات شأن الدائن العادى ، وكالدائن العادى أيضاً لا يكون له حق خاص على العقار المرهون يتعارض مع الإيجار وقبض الأجرة والحوالة بها إلا إذا بدأ التنفيذ فسجل التنبيه(٢) . أما الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى فعليه أن يستثمر الشىء المرهون استثماراً كاملا ويتولى إدارته (م ١١٠٤ و ١١٠٦ مدنى) ؛ ومن ثم يتعارض وضعه هذا مع حق الراهن فى الإيجار وقبض الأجرة ، فيعتبر «غيراً» فى هذه التصرفات منذ تسلم الشىء المرهون ، ولا يحتج عليه بالتاريخ إلا إذا كان ثابتاً(٣).

---

(١) ويلاحظ أن توقيع الدائن لأى حجز من هذه الحجوز الثلاثة — الحجز التنفيذى وحجز ما للمدين والحجز العقارى — لا يمنع سائر الدائنين من التدخل فى إجراءات الحجز ، ومتى تدخلوا أصبحوا هم أيضاً من «الغير» ، شأنهم فى ذلك شأن الدائن الحاجز الأول (مقال الأستاذ سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٣ — ص ٢٧٤ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٢٣ — استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٢) .

(٢) أما إذا تعارض حقه كدائن مرتهن مع حق شخص آخر ، كدائن مرتهن ثان أو مشتر أو نحو ذلك ، فانه يصبح من الغير بالنسبة إليه . ولكن لما كان القانون يستوجب هنا إجراء آخر غير ثبوت التاريخ ، القيد أو التسجيل ، فان المفاضلة بينهما تكون ، لا بالأسبقية فى التاريخ ، بل بالأسبقية فى القيد أو التسجيل . ولذلك يحسن إخراج هذه الحالة من منطقة الغير ، وقصر المنطقة على الحالات التى يستوجب فيها القانون ثبوت التاريخ دون أى إجراء آخر ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٣) والدائن الحاجز يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى دائن ذى حق مقيد ، كدائن مرتهن ودائن له حق اختصاص . فلا يسرى فى حق الدائن الحاجز هذا الحق المقيد إلا إذا كان شهره (وهو طبعا ثابت التاريخ) سابقاً على توقيع الحجز . وكل من يحل محل الدائن المرتهن يعتبر الدائن الحاجز =

١٢٣ — الدائن اذا أفلس مدينه أو أعسر لا يعتبر من الغير : متى أفلس المدين التاجر وشهر إفلاسه ، رفعت يده عن إدارة أمواله (م ٢١٦ تجارى) . وتصرفاته ، فى خلال المدة السابقة على الحكم بشهر الإفلاس منذ العشرة الأيام السابقة على تاريخ توقفه عن الدفع ، الخاصة بتبرعات أو بوفاء ديون غير حالة على أى وجه كان هذا الوفاءأو بوفاء ديون حالة بغير النقود أوالأوراق التجارية أو بترتيب حقوق رهن أو اختصاص على أمواله ، تكون كلها باطلة (م ٢٢٧ تجارى) . أما وفاء الديون الحالة بنقود أو أوراق تجارية والمعاوضات فتكون قابلة للإبطال إذا وقعت بعد تاريخ التوقف عن الدفع (م ٢٢٨تجارى) — ولكن بالرغم من كل ذلك لا نرى أن دائن التفليسة يعتبر من الغير فى التصرفات

= بالنسبة إليه من «الغير» . فإذا أدى كفيل للمدين ، فى دين مضمون برهن ، الدين للدائن المرتهن وحل محله فى رهنه ، فان عقد الكفالة الذى يستند إليه فى الحلول لا يحتج بتاريخه على الدائن الحاجز إلا إذا كان تاريخا ثابتا سابقا على وفائه للدين (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٢ — الاستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٥) . كذلك الدائن صاحب حق الاختصاص إذا كان حقه ، فى ظل التقنين المدنى القديم حيث كان ذلك جائزا ، مبنيا على حكم غيابى قبله المحكوم عليه فامتنع سقوطه بانقضاء ستة شهور ، فان هذا الدائن لا يحتج على الدائن الحاجز بتاريخ الورقة العرفية التى تثبت قبول المحكوم عليه الحكم الغيابى إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٩ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣١ — الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤) .

وهناك دائن اعتبره القانون فى حكم الدائن الحاجز ، فيعتبر من الغير كالدائن الحاجز . ذلك أن المادة ٨٤٢ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد نصت على ما يأتى : « لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ويستفاد من هذا النص أن دائن الشريك إذا عارض فى أن تتم إجراءات القسمة بغير تدخله ، فكل قسمة تتم بعد هذه المعارضة ولا يدخل فيها الدائن لا تكون نافذة فى حقه . لذلك يكون الدائن المعارض بمثابة الدائن الحاجز بالنسبة إلى تاريخ القسمة ، وهذا بحكم نص القانون . فلا يحتج إذن بتاريخ القسمة على الدائن المعارض إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا وسابقا على معارضته . أما إذا كان التاريخ غير ثابت فلا يحتج به على الدائن المعارض ولو كان سابقا على معارضته ، وتكون القسمة فى هذه الحالة غير نافذة فى حق هذا الدائن . =

الصادرة من المدين المفلس . فالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً للتنفيذ الجماعى. ودائن المفلس ، لمجرد شهر إفلاس مدينه ، لم يدخل بعد فى مرحلة التنفيذ ، كما دخل الدائن الحاجز . والإفلاس لا يعدل الحجز ، وكل ما نتج عنه أن غلت يد المفلس فى إدارة أمواله ، وحل محله الدائنون الذين تكتلوا فى مجموعة يمثلها السنديك . وهذا لا يغير من مركزهم كدائنين عاديين لم يصلوا بعد إلى مرحلة التنفيذ ، فهم لا يزالون يستعملون حقهم العام فى الضمان ، شأنهم فى ذلك شأن الدائن الذى يباشر الدعوى البولصية .

ومن ثم يكون التاريخ العرفى للتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على دائنيه ، ولو كانت تصرفات مدنية (أى غير تجارية) . ويكون لهؤلاء ، بداهة ، الحق فى إثبات عدم صحة هذا التاريخ وإثبات التاريخ الحقيقى لهذه التصرفات ، فيعطى عندئذ لكل تصرف حكمه القانونى : ما صدر فى المدة المشتبه فيها ، وما صدر بعد توقف المدين عن الدفع ، وما صدر بعد الحكم بشهر الإفلاس[1] .

= وقد عالج الأستاذ سليمان مرقس ، فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٧٥) ، هذه المسألة فى ظل التقنين القديم . ولاحظ أن الدائن ، إذا رفع دعوى القسمة باسم مدينه بدلا من أن يعارض طالبا التدخل ، فإنه لا يعتبر من «الغير» وفقا للرأى السائد (لا لرأيه هو) . فيحتج عليه بالتاريخ غير الثابت لأى تصرف أجراه المدين فى نصيبه الشائع ، ومن ذلك إجراء القسمة ذاتها . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالتاريخ العرفى لقسمة انفرد بها دون تدخل دائنه بالرغم من رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه ، ولا يستطيع ذلك إذا عارض الدائن . ويعيب الأستاذ سليمان مرقس على هذه النتيجة أنها تجعل لمعارضة الدائن أثراً أبلغ من رفعه للدعوى غير المباشرة . ولسنا نرى بأسا فى ذلك ، فان الدائن إذا اختار الدعوى غير المباشرة فقد اختار أن يعمل نائبا عن مدينه ؛ فعليه أن يحتمل أثر جميع تصرفات مدينه ومنها إجراء القسمة دون تدخله . أما إذا اختار الدائن أن يتدخل فى القسمة التى يجريها مدينه ، فهو لا يعمل فى هذه الحالة باسم مدينه ، بل يعمل باسمه الشخصى ، وقد خوله القانون فى هذه الحالة بنص صريح أن يتدخل فى إجراءات القسمة وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقه .

(١) والرأى الذى يذهب الى أن الدائن للمدين المفلس لا يعتبر من «الغير» هو الرأى الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين : بونييه فقرة ٦٩٧ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ فقرة ٢٣٦ — لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٦ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٣ — بلانيول وريبير وجابولد فقرة ١٤٨٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ — ليون كان ورينو ٧ فقرة ٤٧٧ — محكمة النقض الفرنسية ١٥ يونية سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٣ — ١ — ٤٦٧ — ٤ يولية سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ د — ١ — ٢٢٣ — ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ — ١ — ٤٦٩ — محكمة =

وكالإفلاس الإعسار . وقد نصت المادة ٢٥٧ من التقنين المدنى على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ؛ كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين» . ويتبين من ذلك أن حكم شهر الإعسار له أثر حكم شهر الإفلاس فى غل يد المدين عن التصرف فى أمواله . ولكننا لا نرى ـ هنا أيضاً ـ أن دائن المدين المعسر يعتبر من الغير فى التصرفات الصادرة من مدينه . فالحكم بشهر الإعسار ، كالحكم بشهر الإفلاس ، ليس إلا تمهيداً للتنفيذ ، ولم يدخل الدائنون بعد فى مرحلة التنفيذ لمجرد الحكم بشهر إعسار مدينهم . بل لعل إنعدام «الغيرية» فى الإعسار أولى منه فى الإفلاس ، إذ ليس فى الإعسار تصفية جماعية كما فى الإفلاس ، بل يبقى كل دائن موكولا إلى الأجراءات الفردية التى يتخذها وحده ، فلا يتكتل الدائنون فى مجموعة يمثلها السنديك . وما الإعسار ، على الوجه الذى نظم به فى التقنين المدنى الجديد ، إلا الدعوى البولصية ، أحكم تنظيمها ، ورتبت مراحلها ، وحددت مواعيدها ، ويسر فيها عبء الإثبات ، فانضبطت آثارها ، ووضحت معالمها . فاذا كان الدائن فى الدعوى البولصية لايعتبر من « الغير » كما قدمنا ، فليس غريباً إلا يعتبر أيضاً من « الغير » فى الإعسار . ومن ثم يكون التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المدين المعسر حجة على دائنه . ويكون للدائن الحق فى إثبات التاريخ الحقيقى لهذا التصرف ، فان كان لاحقاً لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لم يسر فى حقه[1] .

= استئناف الجزائر ١٨ فبراير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨–١–٤٧٣ — محكمة باستيا ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ —٢—٣٦١ . انظر عكس ذلك : لوران ١٩ فقرة ٣٢٠— فقرة ٣٣١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩٢ — تالير فقرة ١٦٧٩ — وقارن حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٧ يناير سنة ١٨٨٦ المنشور فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٨٦ — ١٨٨٧ ٢ ص ٢١ فى الهامش .

ويذهب جمهور الفقهاء فى مصر إلى الرأى العكسى ، فيقولون بأن الدائن للمدين المفلس يعتبر من الغير : الأستاذ محمد صالح فى الافلاس والصلح الواقى فقرة ٦٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٨ ص ٢٧٩ وفى كتابه أصول الاثبات فقرة ٦٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٢٧ . ويميل الأستاذ أحمد نشأت (الاثبات ١ فقرة ٢٢٨) إلى عدم اعتبار دائن المدين المفلس من «الغير» .

(١) وهناك « غير » أجنبى أصلا (penitus extranei) لا يعنيه فى شىء تاريخ الورقة =

١٢٤ — الشروط الواجب توافرها فى « الغير » : ويخلص مما قدمناه أن «الغير» فى ثبوت التاريخ لا يعدو أن يكون الخلف الخاص أو الدائن الحاجز . ويشترط فى «الغير» ، خلفاً كان أو دائناً ، شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هو نفسه ذا تاريخ ثابت . وقد رأينا فيما أسلفناه أن الخلف الخاص ، حتى لا يحتج عليه بغير التاريخ الثابت ، يجب أن يكون تاريخه هو ثابتاً ، فاذا تنازع المشتريان للمنقول ، ولم يكن أى من البيعين ثابت التاريخ ، كان تاريخ كل منهما حجة على المشترى الآخر ، ولكل من المشتريين أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . فاذا لم يكن «الغير» خلفاً خاصاً ، كان دائناً حاجزاً ، ومن الواضح أن الدائن الحاجز له دائما تاريخ ثابت .

= العرفية . فلو أن علياً أجر داراً لمحمد ، فإن صاحب الدار المجاورة – إذا لم يكن وارثاً لأى من المتعاقدين ولا دائناً له ولا خلفاً خاصاً فى الدار لعلى – يكون غيراً أجنبياً أصلا عن عقد الإيجار. فلا يعنيه تاريخ الورقة العرفية التى تشهد بالعقد ، أهو تاريخ ثابت أم غير ثابت ، وإذا كان غير ثابت فهل هو تاريخ صحيح أو تاريخ قدم أو أخر ، فعقد الإيجار لا يسرى فى حقه أصلا ولم يتحقق أى احتمال فى أن يسرى فى حقه . لذلك إذا قلنا إن تاريخ الإيجار ولو كان غير ثابت حجة عليه ، أو قلنا بل هو ليس حجة ، فالقولان سيان فى حقه ، ولن يختلف مركزه فى قول عنه فى الآخر . فلا جدوى إذن من إقحام هذا « الغير » فى مسألة التاريخ الثابت للنظر فيما إذا كان يعد « غيراً » أو لا يعد ، فانه خارج بتاتاً عن هذه الدائرة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٢٦ – بوتييه فقرة ٦٩٩ – بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٨ – الأستاذ سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٨ – الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢١٧) .

على أنه قد يقع أن هذا « الغير » – وهو أجنبى أصلا عن العقد كما رأينا – يرى نفسه فى وضع يتأثر فيه بالعقد ، إذ يستطيع اتخاذه سبباً لكسب حق ، أو يصبح العقد بحكم ظروف لاحقة سبباً للانتقاص من حق له . عند ذلك قد يعنيه تاريخ العقد ، أهو ثابت أم غير ثابت ، وهل قدم أو أخر . وفى رأينا أنه يظل ، حتى فى هذه الأحوال ، خارجاً عن نطاق « الغيرية » التى لا يحتج فيها إلا بالتاريخ الثابت . ومن ثم يحتج عليه بالتاريخ العرفى للورقة ، وله أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بجميع الطرق إذا كان هناك غش . ونأتى بأمثلة توضح ذلك :

١ — هب أن علياً فى المثل المتقدم باع داره من محمد بدلا من أن يؤجرها . فصاحب الدار المجاورة يبقى أجنبيا أصلا عن البيع كما هو أجنبى أصلا عن الإيجار . ولكنه سيرى نفسه فى وضع يتأثر فيه بهذا البيع ، إذ يستطيع اتخاذه سببا — وهو جار — لكسب حق وهو أخذ الدار المبيعة بالشفعة . فهل يحتج عليه بالتاريخ العرفى للبيع فى هذه الحالة ، ويفرض فى هذا التاريخ أنه صحيح ، حتى يثبت بجميع الطرق أنه قدم ليقع البيع فى وقت لم يكن هو فيه مالكا للدار المجاورة المشفوع بها ، بفرض أن طرفى الورقة قد تواطآ على تقديم التاريخ احتيالا منهما =

(٢) أن يكون القانون لا يتطلب إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ . ومن أجل ذلك تركنا عمداً ، كما سبقت الإشارة ، عند الكلام فى الخلف الخاص ، مشترى العقار والمرتهن له . ذلك أن القانون يتطلب فى بيع العقار إجراء آخر هو التسجيل ، وفى رهن العقار إجراء آخر هو القيد . ومن ثم كانت المفاضلة بين المشتريين لعقار واحد ليست بالأسبقية فى التاريخ الثابت بل بالأسبقية فى التسجيل ، وكانت المفاضلة بين المرتهنين لعقار واحد ليست هى أيضاً بالأسبقية فى التاريخ الثابت بل بالأسبقية فى القيد .

= لمنعه من الأخذ بالشفعة ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفى ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن البيع لاحق لتملكه للدار المجاورة ، ويتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر أن الرأى الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفى إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأى الصحيح .

٢ — وهب أن علياً الذى باع الدار من محمد لم يكن يملكها . فالمالك الحقيقى للدار يعتبر «غيرا» أجنبيا أصلا عن هذا البيع ، لا يسرى عليه ولا يتأثر به . ولكن هذا البيع ، بحكم ظروف لاحقة ، أصبح سبباً للانتقاص من حقه ، بل لزواله . فقد حاز محمد الدار ، وهو حسن النية ، وفى يده البيع ، وهو سبب صحيح ، وبقى حائزاً للدار خمس سنوات هى مدة التقادم القصير ، فملك الدار بهذا التقادم . نعرف أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من التقنين المدنى الجديد تشترط أن يكون السبب الصحيح « مسجلا طبقا للقانون » . ولكن هذا شرط حادث . ففى القانون الفرنسى لا يشترط التسجيل ، وكان الأمر كذلك فى عهد التقنين المدنى المصرى القديم لاسيما فى العهد السابق على العمل بقانون التسجيل (قبل أول يناير سنة ١٩٢٤) . فنفرض أننا لا نزال فى هذا العهد السابق حتى يستقيم لنا الفرض . فهل يحتج على المالك الحقيقى بالتاريخ العرفى للبيع ، ويرجع إلى خمس سنوات مضين عند بدء الحيازة ، إلى أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمدا ليساير الحيازة فى مبدئها وأن البيع لم يصدر فى الحقيقة إلا بعد ذلك ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفى ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن البيع تال لبدء الحيازة ، ويتمسك بوجوب أن يكون تاريخ البيع ثابتا ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضا أن الرأى الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفى للبيع إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأى الصحيح . ومع ذلك فقد أجمع الفقه الفرنسى على الرأى العكسى (أوبرى ورو طبعة خامسة جزء ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٤٧ — جيلوار فقرة ٥٦٧ — هيك ١٤ فقرة ٤٥١ — بودرى وتيسييه ٢٨ فقرة ٦٧٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٦ — محكمة النقض الفرنسية ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ سريه ١٩٠١ — ١ — ٤١٥ — انظر مع ذلك بوتييه فقرة ٩٩) . على أن الأمر ، إذا نظر إليه من الناحية العملية ، يبدو ميسور الحل . فمحمد الذى يتمسك بالتقادم سيثبت أنه حاز الدار خمس سنوات وكان فى يده سبب صحيح منذ البداية ، وفى هذا إثبات لتاريخ البيع . فكيف يقال له بعد ذلك : لا يجوز لك أن =

(٣) أن يكون « الغير » ، خلفاً كان أو دائناً ، حسن النية. فاذا أسرع المشترى الثانى للمنقول فى إثبات تاريخ البيع الصادر له وهو يعلم أن البيع الأول سابق على عقده وان لم يكن ثابت التاريخ ، فالمفاضلة لأول وهلة بين المشتريين تقضى بتفضيل المشترى الثانى ثابت التاريخ على المشترى الأول غير ثابت التاريخ . ولكن إذا استطاع المشترى الأول أن يثبت علم المشترى الثانى وقت شرائه المنقول بسبق بيعه من آخر ، فانه يثبت بذلك أن المشترى الثانى ليس حسن النية ، فيختل فى هذا المشترى الثانى شرط من شروط «الغير» ومن ثم يحتج عليه بتاريخ البيع الأول وان لم يكن ثابتاً (٦).

= تثبت صحة هذا التاريخ العرفى ، ولا يجوز أن تحتج على المالك الحقيقى إلا بالتاريخ الثابت ، وهو انما يثبت واقعة مادية هى صدور البيع فى تاريخ معين ! فليس المالك الحقيقى هو الذى يثبت عدم صحة التاريخ العرفى ، بل المتمسك بالتقادم هو الذى يثبت صحته ، وفى الفرضين لا يشترط أن يكون التاريخ ثابتا . هذا ونلاحظ أن البيع فى هذا المثل ، وفى المثل السابق أيضاً ، إنما ينتج أثراً ، بالنسبة إلى المالك الحقيقى أو بالنسبة إلى صاحب الدار المجاورة ، باعتباره واقعة مادية (fait matériel) لا باعتباره تصرفاً قانونيا (acte juridique) .

٣ — وهب أن العقد الذى تم بين على ومحمد هو عقد قرض ، فاقترض على من محمد مبلغا من النقود بورقة عرفية تاريخها غير ثابت . لاشك فى أن زيداً – وهو شخص لا هو خلف عام ولا خلف خاص ولا دائن – يعتبر « غيرا » أجنبيا أصلا عن القرض ، فلا يعنيه تاريخه فى شىء . ولكن قد يقع ، بحكم ظروف لاحقة ، أن زيداً يتأثر بهذا القرض انتقاصا من حقوقه (وفى المثل السابق كان التأثر عن طريق زوال الحق إطلاقا) ، فيهب له على مالا ، ويشترط فى الهبة أن يوفى زيد الموهوب له بديون الواهب الموجودة وقت الهبة . فهل يحتج على زيد فى هذه الحالة بالتاريخ العرفى للقرض ، وهو سابق على الهبة ، فيلتزم زيد بوفاء هذا القرض ، إلا أن يثبت أن التاريخ العرفى للقرض قد قدم عمداً ليكون سابقاً على الهبة وأن التاريخ الحقيقى لاحق لا سابق ؟ أو يعتبر زيد أن هذا التاريخ العرفى ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن القرض تال للهبة ، ويتمسك بوجوب أن يكون تاريخ القرض ثابتا ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضا أن الرأى الأول – يحتج عليه بالتاريخ العرفى للقرض إلى أن يثبت عدم صحته – هو الرأى الصحيح (قارن فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ ص٢٣٣) .

(١) وقد أورد الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢) تطبيقاً حسناً لهذا الشرط . فهو بعد أن قرر أن الدائن فى الدعوى البولصية لا يعتبر « غيراً » ، استثار اعتراضاً على هذا الرأى فقال : « وقد يعترض على هذا الرأى بأن الدائن يستطيع ، بدلا من الالتجاء إلى الدعوى البولصية حيث نكلفه بإثبات عدم صحة تاريخ المحرر المثبت للتصرف الذى أضر به ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المال المتصرف فيه باعتبار أنه لا يزال مملوكا لمدينه ، فيترتب له بالحجز حق خاص =

١٢٥ — (ثالثاً) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ : يخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل ورقة عرفية تعد للإثبات مقدماً كدليل كامل ، على أن يكون الدليل الكتابي واجباً ، وعلى أن يستثنى من ذلك المخالصات .

ومن ثم لا تسرى هذه القاعدة فى الأحوال الآتية :

١ — إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلا لإثبات التصرف القانونى . وذلك كما لو وجد تصرف قانونى غير مكتوب وأشير اليه فى البيانات الواردة فى ورقة رسمية ، فلا يقال إن لهذا التصرف القانونى تاريخاً ثابتاً هو تاريخ الورقة الرسمية ، لأن التصرف ذاته غير ثابت فى ورقة عرفية .

٢ — اذا كانت هناك ورقة عرفية دليلا كتابياً على التصرف ، ولكن هذه الورقة لم تعد مقدماً للإثبات . فدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية لا تسرى عليها قاعدة ثبوت التاريخ . أما الرسائل فاذا أعدت مقدماً للإثبات سرت عليها القاعدة ، وكذلك إذا لم تعد مقدماً للإثبات متى صلحت أن تكون دليلا كتابياً

= على المال المحجوز عليه يجعله فى حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المثبت للتصرف إذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المذهب فى تفسير القانون مشجعا للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذى يفتحه لهم سوء النية . ولكن يرد على ذلك . . . بأنه إذا كان الدائن حاصلا على سند تنفيذى وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزاً حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفى حجة عليه ، فأن المتصرف إليه بهذا المحرر يجوز له أن يثبت علم الدائن بهذا التصرف قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومتى ثبت سوء نية الدائن فانه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحمى سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) حماية الأشخاص الذين يتخذون القانون ستاراً لارتكاب الغش » .

انظر فى أن سوء النية هو مجرد علم « الغير » بسبق وجود الورقة التى يراد أن يحتج بها عليه : بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٤ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٨ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٣١ . وكثير من الفقهاء فى فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفى مجرد العلم بسبق وجود الورقة ، بل يجب أيضا أن يكون « الغير » قد ارتكب غشا كأن يكون قد تواطأ مع من صدرت منه الورقة إضرارا بحق من يحتج بها : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦ وهامش رقم ١٣٧ — لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥ .

كاملا فانها تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ استثناء مما تقدم[١] .

٣ — إذا كانت هناك ورقة عرفية ، ولكنها ليست دليلا كاملا . وذلك كمبدأ الثبوت بالكتابة ، فهو ، كقاعدة عامة لايشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر فى الدليل الكامل ، ليكون حجة على الغير . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى مبدأ الثبوت بالكتابة [٢] .

---

(١) وهذا ما يبدو أن الفقه الفرنسى يذهب إليه ويقرره دون مناقشة : انظر أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ (ثالثا) ص ٢٩٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ — دى باج (بلجيكى) ٣ فقرة ٧٩٢ — انظر أيضا فى هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٧٩ — والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٣٢ ص ١٤٥ — ص ١٤٦ .

ونحن نتردد فى التسليم بهذا الاستثناء . ذلك أن ثبوت التاريخ إنما اشترطه القانون فى الأوراق العرفية حتى يتفادى بهذا الشرط تواطؤ أطراف الورقة على تقديم التاريخ الحقيقى أو تأخيره . وهذا يقع أكثر ما يقع فى الأوراق التى تعد مقدما للإثبات ، ففيها يتوجه الطرفان إلى هذه الحيلة وتتهيأ لهم الفرصة فى تغيير التاريخ الحقيقى . أما الورقة العرفية التى تستخدم للإثبات عرضا دون أن تكون قد أعدت فى الأصل لهذا الغرض ، فقل أن يخطر فى بال من حررها ، إذا عنى بكتابة تاريخها ، أن يقدم هذا التاريخ أو يؤخره . وإذا وقع ذلك ، أو وقع أن محرر الورقة أخطأ غير عامد فى التاريخ ، فى هذه الأحوال النادرة لا يوجد مانع من القول بأن التاريخ العرفى للورقة — حتى لو كانت رسالة — يبقى حجة على الغير ، وللغير بطبيعة الحال أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفى الذى تحمله الرسالة غير صحيح (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٦ ، وقارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٩) .

(٢) ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة يكون فى الغالب ورقة لم تعد للإثبات مقدما ، وقد ذكرنا أن الأوراق التى لم تهيأ للإثبات لا يشترط فيها ثبوت التاريخ . أما فى فرنسا فيقع كثيراً أن ورقة عرفية تهيأ للإثبات دليلا كاملا ثم لاتصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وذلك كالورقة التى تشهد على عقد ملزم للجانبين ولا تحرر من نسخ تتعدد بتعدد ذوى المصالح المتميزة ، وكالورقة التى تشهد على عقد ملزم لجانب واحد ولا تحمل عبارة الاعتماد المعروفة ، فهذه وتلك يشترط فيهما ، حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة ، ثبوت التاريخ ليكون هذا التاريخ حجة على الغير ، لأنهما أعدتا مقدماً للإثبات . فالعبرة إذن بالاعداد مقدماً للإثبات لا بأن الورقة دليل كامل أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهناك دليل كامل لا يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه لم يعد مقدماً للإثبات كالدفاتر والأوراق المنزلية ، وهناك على العكس من ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه كان قد أعد مقدماً للإثبات كالورقة العرفية التى لم تتعدد نسخها فى القانون الفرنسى (قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٣ هامش رقم ١٠١ (ثالثاً) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ — دى باج ٣ فقرة ٨٩٣ ثالثاً — قارن أيضا الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٤٥) .

٤ — إذا كانت هناك ورقة عرفية تعتبر دليلا كاملا ، ولكن الدليل الكتابى يكون غير واجب. ويتحقق ذلك فى المسائل التجارية ، فهذه يجوز فيها دائماً الإثبات بالبينة والقرائن ، فاذا وجدت ورقة عرفية اتخذت دليلا كتابياً فلا يشترط أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون حجة على الغير[1] . ويتحقق ذلك أيضاً فى الورقة العرفية المعدة لإثبات التزام قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن الإثبات الكتابى هنا أيضاً غير واجب[2] . ويتحقق ذلك أخيراً فيما إذا كانت الورقة العرفية تثبت واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، أو تصرفاً قانونياً يسرى فى حق الغير باعتباره واقعة مادية[3] ، فنى إثبات الوقائع المادية لا يجب الدليل الكتابى .

٥ — إذا كانت الورقة العرفية التى يقدمها الخصم دليلا كتابياً كاملا هى مخالصة من دين ، فلا يشترط فى المخالصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها . وقد كان القضاء المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم[4] ، وكذلك

---

(١) ويترك الأمر فيها لتقدير القاضى : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ مكررة ص ٢٤٧ . ويرجع فى ذلك إلى الدفاتر التجارية والمراسلات وغيرها . أما المسائل التجارية التى أوجب القانون فيها الاثبات بالكتابة ، كالرهن التجارى (م ٧٦ تجارى) ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتا ليكون حجة على الغير (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٧٤) .

(٢) انظر عكس ذلك جوسران ٢ فقرة ١٩١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٤ هامش رقم ٣ — وغنى عن البيان أنه فى الصور الأخرى التى لا يكون فيها الدليل الكتابى واجبا ولم توجد ورقة عرفية للاثبات — كما إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بقوة قاهرة — لا محل لاشتراط التاريخ الثابت لأن الورقة العرفية ذاتها غير موجودة . وهذا الفرض يرد إلى الحالة الأولى حين لا تكون هناك ورقة عرفية أصلا لإثبات التصرف القانونى ، وقد سبق ذكرها .

(٣) وذلك كالأمثلة التى أوردناها فى حالة الغير الأجنبى أصلا (penitus extranei) حين يحتج عليه بتصرف قانونى باعتباره واقعة مادية (البيع باعتباره عنصرا من عناصر الأخذ بالشفعة أو باعتباره سببا صحيحا فى التقادم القصير : انظر ص ٢٣٠ هامش رقم ١) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٧ ص ١١٦ — استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٦ — محكمة الفشن ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٧ . ومع ذلك إذا عملت محاسبة بين الغير وصاحب الإيصالات غير ثابتة التاريخ ، فلا يجوز لصاحب الإيصالات الادعاء بإيصالات أخرى قد سها عليه إدخالها فى الحساب ، إنما يجوز الأخذ بها إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على تاريخ المحاسبة (محكمة مصر الوطنية ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧١ ص ٨٢١) .

القضاء فى فرنساً ، يستثنى المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ ، لما فى اشتراط التاريخ الثابت فى المخالصات من صعوبات عملية [١] . فمن اشترى داراً مؤجرة سرى فى حقه المخالصات بالأجرة الصادرة من البائع للمستأجر ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، إلا إذا كانت الأجرة عن مدة مستقبلة تزيد على ثلاث سنوات فيشترط التسجيل . والدائن الذى يحجز تحت يد مدين المدين حجز ما للمدين لدى الغير يحتج عليه بالتاريخ العرفى للمخالصات الصادرة من المدين، فتسرى هذه المخالصات فى حقه إذا كان تاريخها سابقاً على الحجز[٢] . وفى جميع الأحوال يجوز للغير الذى يحتج عليه بالتاريخ العرفى للمخالصة أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ غير صحيح وأنه قدم أو أخر غشاً من طرفى المخالصة للاضرار بحقه . وقد أقر التقنين المدنى الجديد هذا الاستثناء بنص صريح ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ على أنه «يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات» . فجعل النص التقدير إلى القاضى فى خصوص المخالصات ، إن رأى أن هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه ، وإلا أخضع المخالصات كغيرها من الأوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير[٣] و[٤]

(١) ولأن المخالصات تعتبر عادة عملا من أعمال الإدارة ، وهذا بخلاف الوفاء مع الحلول أو الإبراء من الدين أو التجديد أو الصلح أو نحو ذلك فهذه أعمال تصرف : انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ — وانظر فى أن المحجوز لديه لا تحوطه شبهة إذا قدم مخالصة حتى بعد توقيع الحجز ، وتحوط الشبهة المحال عليه فى حوالة الحق إذا لم يقدم المخالصة عند إعلانه بالحوالة أو عقب هذا الإعلان ، إلى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ وهامش رقم ١٢٢ .

(٣) انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٣٣ — هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد سبق أن أشار البعض بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص استنادا إلى ماجرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل فى عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصادا للنفقات — بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب دون المخالصات التى ترتب حقا فى الحلول . ولذلك احتاط المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٨٣) فجعل للقاضى سلطة تقدير يعتد فى أعمالها بما يعرض من ظروف ، وقد رؤى احتذاء هذا المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤ — ص ٣٧٥) .

(٤) هذا وعدا هذه الأحوال الخمس هناك حالتان : =

١٢٦ — (رابعا) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً : الأصل أن التاريخ العرفى للورقة جزء من هذه الورقة العرفية ، فمضمونه هو أيضاً جزء من الاتفاق الذى تشهد به هذه الورقة . فطرفا الورقة قد اتفقا ، فيما اتفقا عليه ، على أن يكون تاريخ اتفاقهما هو كذا . ومن ثم كان هذا التاريخ العرفى حجة عليهما ، شأنه شأن سائر أجزاء الاتفاق [١] . ولكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بالطرق المقررة قانوناً كما سبق القول . أما الغير ، على التحديد الذى بسطناه ، فهذا التاريخ العرفى ليس حجة عليه . بل إن هناك قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس أن هذا التاريخ العرفى ، بالنسبة إلى الغير ، ليس صحيحاً . ولا يستطيع الطرفان إثبات التاريخ الصحيح فى مواجهة الغير إلا بطريق من الطرق التى عينها القانون ، وهى الطرق التى يصبح بها التاريخ ثابتاً فيكون حجة على الغير .

= (فى إحداهما) قد يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك لا يكفى ليكون حجة على الغير . وهى الحالة التى سبق أن ذكرناها عندما يتطلب القانون إجراء آخر للحجية على الغير ، كالتسجيل والقيد وإعلان الحوالة أو قبولها . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إن المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم فى تمليك المنقولات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

(وفى الحالة الأخرى) على العكس من الحالة الأولى قد لا يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك يكفى التاريخ العرفى ليكون حجة على الغير . ويتحقق ذلك إذا لم يتمسك الغير بوجوب أن يكون التاريخ ثابتا ونزل عن حقه فى ذلك على نحو واضح لا لبس فيه . وذلك أن قاعدة ثبوت التاريخ إنما وضعت لحماية الغير ، فهى ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للغير عدم التمسك بها والتسليم بالتاريخ العرفى الذى يحتج به عليه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ان المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق ... إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

(١) وهناك فرق بين طبيعة التاريخ العرفى الذى تحمله الورقة العرفية وطبيعة التاريخ الرسمى فالتاريخ الأول جزء من الاتفاق كما قدمنا ، فهو جزء من التصرف القانونى . أما الثانى فواقعة مادية يشهد بها الموظف العام الذى تولى توثيق التاريخ : أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٥٦ ص ١٢٧٠ هامش رقم ١٠١ .

وقد ذكر التقنين الجديد من هذه الطرق خمسة على وجه التحديد ، ثم عمم بعد هذا التخصيص فذكر أن التاريخ يكون ثابتا من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومن ثم يكون التاريخ ثابتا على وجه من الوجوه الآتية :

(١) من يوم أن تقيد الورقة العرفية بالسجل المعد لذلك . وقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الطريق العادى لإثبات التاريخ على هذا الوجه . فنصت المادة ٣١ من هذه اللائحة على أن تقوم مكاتب التوثيق بعد أداء الرسم المقرر باثبات تاريخ المحررات العرفية بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه فى الدفتر المعد لذلك ، ويختم بخاتم المكتب ، ويوقعه الموثق . ذلك أن هناك فى مكتب التوثيق دفتراً تدرج فيه المحررات التى أثبت تاريخها بأرقام متتابعة ، ويبين فى هذا الدفتر أسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وأداء الرسم ، ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسلم المحرر (م ٣٢ من اللائحة) ، كما يوجد دفتر هجائى للفهارس (م ٣٣ من اللائحة) . ويسلم مكتب التوثيق شهادة لمن يطلبها بحصول إثبات تاريخ الورقة العرفية (م ٣٤ من اللائحة) .

هذه هى الإجراءات العادية لإثبات التاريخ من طريق قيد الورقة العرفية بسجل معد لذلك . وتوجد طرق أخرى لقيد الورقة العرفية فى سجل رسمى فيكون تاريخها ثابتا من يوم هذا القيد ، نذكر منها طريقين : التصديق على التوقيعات والتسجيل .

وقد نظم قانون التوثيق أيضاً التصديق على التوقيعات . فقضت المادة ٢١ من لائحته بأن يقوم الموثق بالتصديق على توقيعات ذوى الشأن فى المحررات العرفية ، بحضور شاهدين بالغين عاقلين معروفين له يتأكد بشهادتهما من شخصية ذوى الشأن . ويوقع هؤلاء أمام الموثق على الورقة العرفية ، ويكتب الموثق محضراً فى ذيل الورقة يذكر فيه أسماءهم ومحال إقامتهم وحصول التوقيع منهم أمامه وأسماء الشهود ومهنهم ومحال إقامتهم . ويوقع هذا المحضر الشهود والموثق ، ثم يوضع عليه خاتم المكتب ورقم إدراجه فى دفتر تدرج فيه محاضر التصديق على التوقيعات بأرقام متتابعة (م ٢٤ — ٢٥ من اللائحة) . وعند إتمام

التصديق تسلم الورقة العرفية إلى صاحب الشأن ، ويصبح تاريخ المحضر المدون بذيلها هو تاريخها الثابت .

والتسجيل إجراء آخر لإثبات التاريخ ، عن طريق قيد الورقة العرفية فى سجل معد لذلك . وهنا القيد يكون كاملا ، ويتم التسجيل الآن بالتصوير الفوتوغرافى . فكل ورقة عرفية مسجلة تكون ثابتة التاريخ من يوم تسجيلها على الأقل . بل إنه لما كان التسجيل لايكون إلا بعد التصديق على التوقيع ، فتاريخ الورقة المسجلة يثبت من يوم التصديق على التوقيع ، ولا يتأخر إلى يوم التسجيل .

(٢) من يوم أن يثبت مضمون الورقة العرفية فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ . وذلك بأن تذكر الورقة العرفية ، مع تحديد موضوعها تحديداً معيناً لها مانعاً للبس ، فى ورقة رسمية — لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها كما قدمنا — أو فى أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بوجه من الوجوه القانونية . وعند ذلك تكسب الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التى جرى فيها ذكر الورقة الأولى[1] . مثل ذلك أن يذكر فى ورقة تثبت عقد بيع — رسمية

---

(١) وفى فرنسا — حيث اقتصر النص على ذكر الورقة الرسمية لإثبات مضمون الورقة العرفية بها كطريق من طرق إثبات التاريخ ، ولم يذكر النص إلى جانب الورقة الرسمية الورقة العرفية ثابتة التاريخ كما ذكر نص التقنين المصرى ذلك - غلب الرأى القائل بأن الموظف العام يجب أن يكون قد اطلع على الورقة العرفية عند إيراد مضمونها فى الورقة الرسمية (انظر لوران ١٩ فقرة ٢٨٥ — دى باج ٣ فقرة ٧٩٧) . أما فى مصر - حيث يجوز إثبات تاريخ ورقة عرفية عن طريق ذكر مضمونها فى ورقة عرفية أخرى تكون ثابتة التاريخ - فلا يشترط إذن الاطلاع على الورقة العرفية الأولى لا عند إيراد مضمونها فى الورقة العرفية الثابتة التاريخ ولا عند إيراد مضمونها فى الورقة الرسمية (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٧١ مكرر ص ١١٠ - ص ١١١) . وإيراد مضمون ورقة عرفية فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ يجعل تاريخ الورقة الأولى ثابتا ، ولكن لا يعفى من تقديم الورقة ذاتها ولا يكتفى بمضمونها الوارد فى الورقة الأخرى ، فالاتفاق الشفوى لا يكسب تاريخاً ثابتاً إذا ورد مضمونه فى ورقة ثابتة التاريخ (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المحرر العرفى فى محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت التاريخ الذى ورد فيه (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٤١٤) .

أو عرفية مصدق فيها على التوقيع – توكيل عرفى صادر من البائع الى وكيل يبيع بالنيابة عنه، فهذا التوكيل العرفى اذا كان غير ثابت التاريخ يصبح، بذكره فى ورقة البيع ثابتة التاريخ ، ذا تاريخ ثابت هو تاريخ ورقة البيع[1] .

(٣) من يوم أن يؤشر على الورقة العرفية موظف عام مختص . مثل ذلك أن تقدم الورقة العرفية فى قضية فيؤشر عليها القاضى أو كاتب الجلسة ، أو تقدم فى تحقيق فيؤشر عليها المحقق ، أو تقدم فى جرد رسمى فيؤشر عليها مندوب الجرد ، أو تقدم لصرف نقود بها فيؤشر عليها مندوب الخزانة العامة . وتكسب المراسلات المسجلة تاريخاً ثابتاً هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذا أمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التى سجلت فيها هذه المراسلات . أما المراسلات غير المسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد ، لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبت من صحة التاريخ . والتاريخ الذى يضعه المحكمون فى أحكامهم لايعتبر تاريخاً ثابتاً[2] ، وكذلك تأشير الخبير على ورقة عرفية وذكره الورقة فى محضر أعماله لا يكسبها تاريخاً ثابتاً ، لأن المحكمين والخبراء لايعتبرون موظفين عامين ولا يمكن التثبت من صحة التاريخ الذى وضعوه على الورقة العرفية[3] . هذا ما لم يكن الخبير موظفاً عاماً ، كما هو شأن الخبراء والموظفين فى وزارة العدل .

(٤) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع . أما الخط والإمضاء المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى فأمرهما واضح ، ذلك أن الورقة العرفية التى تحمل خطاً أو إمضاء لشخص متوفى لابد أن تكون قد صدرت قبل وفاة هذا الشخص ، فتاريخها

---

(١) ولكن التاريخ الثابت لتوكيل لا يكسب التصرفات ذات التاريخ اللاحق التى أبرمت بناء على هذا التوكيل تاريخا ثابتا (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩) . كذلك موت الموكل لا يجعل لتصرف أمضاه الوكيل نيابة عنه تاريخا ثابتا (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٩٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بعدم اعتبار التاريخ الذى يضعه المحكمون فى أحكامهم ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية بما فيها قرائن الأحوال (٨ نوفبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٨) .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٧١ و ص ٦٧٢ . انظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٨٨ .

ثابت من وقت الوفاة[١] . ويستوى أن يكون الشخص المتوفى طرفاً فى الورقة أو شاهد أو كفيلا أو غير ذلك ، فالحكمة قائمة فى جميع هذه الأحوال[٢] . على أن مجرد وجود خط لشخص متوفى فى الورقة لايكفى لإثبات التاريخ ، بل يجب أيضاً أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط ، إذ يحتمل أن يعهد إلى شخص فى كتابة ورقة عرفية فيكتبها ، ولكنها تبقى مشروعاً دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب ، ثم يوقع ذوو الشأن الورقة بعد وفاته ، فلا تكون الورقة ثابتة التاريخ من يوم الوفاة . وهذا ما لم تكن الورقة تعتبر دليلا من غير توقيع ، كالتأشير على سند الوفاء .

بقى الختم وبصمة الأصبع . أما أن الختم يثبت تاريخ الورقة التى تحمل بصمته ، فأمر كان مقرراً فى التقنين المدنى الأهلى السابق ، وتابعه فى ذلك التقنين المدنى الجديد . وهو محل للنظر ، إذ أن بقاء الختم بعد وفاة صاحبه واحتمال التوقيع بهذا الختم بعد الوفاة شىء يقع . وقد كان التقنين المدنى المختلط لا يذكر أن ختم المتوفى يثبت تاريخ الورقة العرفية [٣] . ومهما يكن من أمر فانه يجوز ، بالرغم من وجود بصمة الختم فى الورقة ، إثبات أن التوقيع بالختم لم يتم إلا بعد الوفاة [٤] .

---

(١) بشرط أن يكون وقت الوفاة ثابتاً ، كأن تدل عليه شهادة مستخرجة من سجل الوفيات (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) .

(٢) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٦ — ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٥ .

(٣) وقد جرى القضاء المختلط على عدم الاعتراف بثبوت التاريخ عن طريق بصمة ختم لمتوفى ، ولو ثبت أن الختم قد أعدم بمجرد الوفاة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ — انظر أيضا : ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٨ — ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) .

(٤) وهذه مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . ومما يدل على سهولة التحايل على إثبات التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ — وقد نص على استثناء المحررات العرفية من أحكامه متى كان تاريخها ثابتاً قبل العمل به — لم يكد يصدر حتى بادرت الناس إلى إثبات تواريخ عقودها عن طريق تزوير بصمة ختم لشخص متوفى ، وظلوا على هذا النحو مدة طويلة . فصدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأنه « لا يقبل بعد ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ تسجيل المحررات المتقدم ذكرها والتى لايستند فى إثبات تاريخها إلا إلى وجود إمضاء أو ختم فيها لإنسان =

وبصمة الأصبع أدق من بصمة الختم ، فهى أقرب إلى إثبات تاريخ الورقة العرفية التى تحمل هذه البصمة لشخص متوفى . على أن احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لا يزال قائماً و إن كان احتمالا بعيداً ، وهو أبعد على كل حال من احتمال التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه (١) .

(٥) من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه . والمثل المألوف لهذه الحالة أن تبتر يد شخص فى تاريخ معروف ، فتكون الورقة العرفية التى وقعها بيده قبل أن تبتر ذات تاريخ ثابت هو تاريخ هذا البتر . وهذا صحيح بالنسبة إلى الخط والإمضاء وبصمة الأصبع . أما الختم فيمكن التوقيع به بعد بتر اليد ، بل بعد بتر اليدين معاً ، إذ يجوز أن يوقع به غير صاحبه ، فلا تكسب الورقة منه تاريخاً ثابتاً فى المثال المتقدم . وقد تكون العلة فى الجسم التى تستحيل معها الكتابة شيئاً آخر غير البتر كالشلل .

وقد عمم التقنين المدنى الجديد بعد التخصيص كما قدمنا ، فذكر أن الورقة العرفية تكون ثابتة التاريخ من يوم وقوع أى حادث آخر — غير الحوادث التى تقدم ذكرها — يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . مثل ذلك الجنون العارض ، فقد يوقع شخص سليم العقل ورقة عرفية ، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك ، فمن يوم ثبوت عزله فى مستشفى أو فى مكان آخر يكون تاريخ الورقة ثابتاً ، مع أن الجنون ليس علة فى الجسم — وهذا ما اقتصر النص على ذكره — بل هو علة فى العقل (٢) .

= توفى » . والظاهر من التسوية بين الإمضاء والختم فى مظنة التزوير أن الناس لجأوا أيضا إلى تزوير إمضاءات المتوفين كما زوروا أختامهم . وانتقلت أحكام هذا القانون الأخير إلى قانون الشهر العقارى الذى حل محل قانون التسجيل (انظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١١٣ هامش رقم ١) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٧٠ — ص ٦٧١ .

(٢) كما يكفى فى ثبوت التاريخ تقديم الورقة فى قضية بحيث تتناولها المرافعة ولو لم يؤشر عليها بما يفيد ذلك (محكمة الاسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٨٩ ص ٩٧٥ — انظر أيضا محكمة النقض الدائرة المدنية فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٣١) . ويعتبر التاريخ الثابت للورقة فى هذه الحالة وقت تقديمها إلى المحكمة ، =

وقد كان التقنين المدنى السابق يفسره الفقه والقضاء على النحو الذى قدمناه. فهو، بالرغم من أنه لم يورد فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ إلا بعض طرق إثبات التاريخ — قيد الورقة فى سجل عام وأثر معترف به لشخص متوفى وتأشير على الورقة من موظف عام مختص — فان هذه الطرق لم تحمل على أنها وردت على سبيل الحصر. ومن ثم لا يكون هناك فرق بين التقنين القديم والتقنين الجديد فى طرق إثبات التاريخ (١).

= ويثبت ذلك بشهادة من قلم الكتاب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٥٥). وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن العقد إذا ذكره الطرفان محدداً فى إنذارات رسمية ، فإنه يكسب التاريخ الثابت لهذه الإنذارات (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥) .

ويمكن القول أن ثبوت علم « الغير » بالورقة العرفية ، يجعل لها تاريخاً ثابتاً له حجيته على هذا الغير من وقت علمه بالورقة . ومما يساعد على هذا القول ما قدمناه من أن قاعدة ثبوت التاريخ ليست من النظام العام ، فيجوز أن يعترف « الغير » بصحة التاريخ غير الثابت أو ينزل عن التمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً . أما فى فرنسا فيصعب القول بذلك ، لأن طرق إثبات التاريخ هناك مذكورة على سبيل الحصر كما سنرى (أنظر فى هذا الطريق من إثبات التاريخ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٨٤٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد توسع التقنين الإيطالى فى بيان الوسائل التى تقدمت الإشارة إليها . وذكر من بينها بوجه خاص حالة طروء عجز جسمانى يحول دون الكتابة (كبتر الأعضاء أو الشلل الكلى) . أما التقنين المراكشى (م ٤٢٥) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٨٣) فقد آثرا سرد هذه الوسائل على سبيل المثال ، حتى يتيسر للقاضى أن يعتد بسائر ما لم يرد فى النص من الأمارات البينة الدالة على أسبقية تاريخ الورقة العرفية . بيد أنه ينبغى التنويه بأن كفالة الغرض الذى كان يرمى إليه التقنين المصرى والتقنين الفرنسى ، وسد ذرائع التحكم ، يوجبان على القاضى عدم الاجتزاء بتأسيس حكمه على وقائع يترجح معها مجرد احتمال مطابقة التاريخ للواقع ، ويقتضيانه تسبيب حكمه وإسناده إلى وقائع قاطعة . ولذلك استظهر المشروع دلالة المقصود فى هذا الشأن فنص على أن التاريخ يكون ثابتاً (من يوم وقوع أى حادث مماثل من حيث الطبيعة يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث) ، محتذياً مثال المادة ٤٢٥ من التقنين المراكشى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

(١) وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض بأن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدنى (قديم) ليست واردة بها على وجه الحصر . فإذا قدمت ورقة ما فى قضية ، وتناولتها المرافعة بالجلسة التى نظرت فيها تلك القضية ، فهذا يكفى لاعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه).وقضت محكمة الأسكندرية الكلية الوطنية بأن المادة ٢٢٩ مدنى (قديم) لم تذكر =

أما التقنين المدنى الفرنسى فقد اقتصر على طرق ثلاثة لإثبات التاريخ، ذكرها على سبيل الحصر ، وهى :

(١) تسجيل الورقة العرفية وفقاً لإجراءات معينة (enregistrement) (٢) ذكر مضمون الورقة العرفية فى ورقة رسمية (٣) توقيع معترف به من شخص متوفى ، طرفاً كان أو شاهداً (١).

ومتى ثبت التاريخ على وجه من الوجوه المتقدمة الذكر فى التقنين المدنى المصرى ، صار هذا التاريخ الثابت هو الحجة على الغير ، لا التاريخ العرفى الذى يسبقه . ولكن تصبح حجيته على الغير أقوى من حجية التاريخ العرفى على طرفى الورقة ، ذلك أن الغير لا يستطيع أن يدحض حجية التاريخ الثابت

= طرق إثبات التاريخ على سبيل الحصر ، وعلى ذلك يجوز أن يكسب المحرر تاريخاً ثابتاً إذا ورد ذكره فى محرر رسمى (٢٥ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٧ ص ١١٢٢) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن المشرع المصرى ، على خلاف المشرع الفرنسى ، يعتبر وسائل إثبات التاريخ المنصوص عليها أمثلة يجوز القياس عليها (٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماه ١١ رقم ٤٨٥ ص ٩٧٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بثبوت التاريخ من ذكر أن الورقة قدمت لخزانة المحكمة لتحصيل الرسوم (أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٣٨) وبثبوت تاريخ عملية ورد ذكرها فى دفتر من دفاتر التجار المنتظمة (١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١) . وقد ورد فى الموجز للمؤلف (ص ٦٧١ — ص ٦٧٢) فى هذا المعنى ما يأتى : « على أن الطرق الثلاثة المتقدمة لم تذكر على سبيل الحصر ، فكل طريق آخر يمكن التثبت به من تاريخ السند العرفى يصلح طريقاً لإثبات تاريخ هذا السند » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأن وسائل إثبات التاريخ (فى التقنين السابق) قد وردت على سبيل الحصر : استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٥ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ . وقضت محكمة أبو حمص بأن النشر عن ضياع عقد فى إحدى الصحف ليس من طرق إثبات التاريخ المنصوص عليها قانوناً، وهى على الرأى الراجح واردة فى المادة ٢٢٩ مدنى (قديم) على سبيل الحصر (٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٨ ص ٦١) . ولعل هذا يفسر ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أن « وسائل إثبات التاريخ . . وردت فى التقنين المصرى (م ٢٩٤ مختلط) والتقنين الفرنسى (م ١٣٢٨) على سبيل الحصر ، تيسيرا لتثبت الغير من ذلك ، ودفعا لتحكم القضاء . بيد أن الفقه ينعى على مذهب الحصر هذا جموده ، ولا سيما أنه يقتضى بطبيعة الحال عدم التوسع فى تفسير النصوص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٤٣—ص ٢٤٤—بودرى وبارو ٤ فقرة ٢٣٦٩—بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥ ، وانظر أيضاً فقرة ١٤٨٣ حيث ينتقدون السياسة التشريعية فى حصر طرق إثبات التاريخ .

إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما من كان طرفاً فى الورقة فيستطيع أن يدحض حجية التاريخ العرفى باثبات أن هذا التاريخ غير صحيح دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . وإذا قام تنازع بين ورقتين لهما تاريخ ثابت فى يوم واحد، فان أمكن تعيين الورقة الأسبق فضل صاحبها . ويتحقق ذلك إذا كان طريق ثبوت التاريخ بالقيد فى السجل ، وعينت ساعة القيد أو أعطيت الورقتان رقمين مسلسلين ، فالورقة الأسبق فى الساعة أو فى الرقم المسلسل هى التى يفضل صاحبها . و إذا لم يمكن تعيين الورقة الأسبق ، كما لو كانت الورقتان قد وقعهما شخص واحد توفى واتخذ تاريخ وفاته تاريخاً ثابتاً لكل من الورقتين، فصاحب الورقة المكلف باثبات أسبقيته يتقدم عليه صاحب الورقة الأخرى لأن الأول قد عجز عن إثبات هذه الأسبقية (١) .

المطلب الثالث

حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور

١٢٧ — الأصل ألا حجية لصور الأوراق العرفية : رأينا فيما تقدم ان صور الأوراق الرسمية لها قوة متفاوتة فى الإثبات ، مع أن الصورة لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة والتوقيع هو الذى تتركز فيه قوة الإثبات . وتعليل ذلك كما رأينا يرجع إلى أن صورة الورقة الرسمية هى أيضاً ورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف رسمى مختص ، فتضفى عليها رسميتها من الثقة ما يجعل لها قيمة فى الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً .

أما صورة الورقة العرفية فليست لها فى الأصل أية قيمة فى الإثبات ، ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة . فهى لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة . وهى فى الوقت ذاته ليست ورقة رسمية حتى تضفى عليها رسميتها شيئاً من الثقة . ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجوداً ، فيرجع إليه ، وتكون الحجية للأصل لا الصورة . أما إذا كان الأصل غير

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٤٦ — وانظر أيضا الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٧٥ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٤٠ .

موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة ، لما قدمناه من أنها لا تحمل التوقيع ومن أنها ليست ورقة رسمية ، ولجواز أن تكون الصورة محرفة أو أن يكون الأصل مزوراً فلا يتيسر الاهتداء إلى التزوير بالاقتصار على الصورة [1] . وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة المأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية [2] .

وغنى عن البيان أن صور الصور للورقة العرفية ليست لها هى أيضاً ، من باب أولى ، أية قيمة فى الإثبات .

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٧ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١١ — ٢٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٥ — ٣ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٣ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٤ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ١٧ يونية سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ — ٢٣ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦١ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . محكمة جرجا ١٦ يونية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٥ .

على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه إذا ثبت وجود مستند فى ملف الدعوى بمحكمة أول درجة ، وقد اختفى هذا المستند من الملف فيما بعد ، فان ترجمة هذا المستند ، المصدق عليها من السلطة المختصة والتى قدمت إلى محكمة أول درجة قبل المرافعة ، يصح أن يكون لها من قوة الإثبات أمام محكمة الاستئناف ما للأصل المفقود (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣٨) .

هذا ويجب تقديم أصل الورقة كدليل للإثبات إلى محكمة الموضوع . فإذا قدمت صورة فوتوغرافية لعقد عرفى لم يسجل ، واستبعدتها محكمة الموضوع ، لا تكون قد خالفت القانون . وإذا أريد بعد ذلك تقديم الأصل لأول مرة أمام محكمة النقض ، فلا يصح ذلك لأنه لا يجوز قبول مستندات جديدة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — المحاماة ٢٩ رقم ٢١٠ ص ٣٩٤) .

انظر أيضاً فى هذا الموضوع أوبرى ورو ١٢ ص ٢٨٠ — بودنيه ٢ فقرة ٧٩٣ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٧٧ — فقرة ٦٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ .

(٢) وقد يقال إن الصورة الفوتوغرافية أدل على الأصل من الصورة المكتوبة . وهذا صحيح ، ولكن التصوير الفوتوغرافى لا ينفى كل شبهة ، ولا يمكن حتى معه التحقق من أن الأصل غير مزور . فالصورة الفوتوغرافية غير الورقة الأصلية التى تظهر فى حالتها الطبيعية ، بما قد يشوبها من عيوب . هذا إلى أن فن التصوير الشمسى ، وإن كان قد تقدم إلى حد تمكنه من نقل الأصل بأمانة كافية ، إلا أنه ، كما تقول محكمة استئناف مصر (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٨١ ص ٥٤٨) ، قد تقدم أيضا « إلى حد قد يجعل تلك الصور بعيدة كل البعد عن الدلالة على الحقيقة التى يراد إثباتها بهذه الصور » . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة إذا هى لم تر الأخذ بصورة شمسية لورقة أريد التدليل بها فى الدعوى (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٩٩ رقم ٢١٠ م ٣٩٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

١٢٨ — استثناءاله تكوله فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة فى الإثبات

الإثبات : على أن هناك استثنائين من المبدأ الذى قدمناه تكون فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة معينة فى الإثبات :

(الاستثناء الأول) فى حالة التسجيل ، فقد تكون لصورة الورقة المسجلة قيمة فى الإثبات (١). ونميز فى ذلك بين عهدين : العهد السابق على قانون التسجيل (رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣) وعهد قانون التسجيل (الذى حل محله القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى) .

فنى العهد الأول كان التسجيل يتم بنقل صورة حرفية من الورقة المقدمة للتسجيل فى سجل عام ، ثم يختم الأصل بختم يدل على حصول التسجيل ويعاد إلى صاحبه . فاذا أعطيت صورة من الورقة المسجلة كانت هـذه الصورة رسمية ، لأن موظفاً عاماً مختصاً كان هو الذى ينقل هذه الصورة ، لا عن الأصل فهو عند صاحبه كما قدمنا ، ولـكن عن الصورة الرسمية لهذا الأصل العرفى وهى الصورة المدونة فى السجل العام . ولما كانت صورة الصورة هذه هى صورة رسمية لصورة رسمية ، فقد كان القضاء فى البداية يعتد بها ، فى حالة فقد الأصل ، كدليل كامل أو على الأقل كمبدأ ثبوت بالـكتابة (٢). ثم رجع عن ذلك ، وأنـكر حجية هذه الصورة الرسمية حتى كمبدأ ثبوت بالـكتابة ، لما رأى ما لجأ إليه بعض الناس من تقديم أوراق مزورة للتسجيل وإعدام الأصل المزور ، والتقدم بعد ذلك بصورة رسمية منقولة عن الصورة المدونة فى السجل العام ، فلا يظهر التزوير لا فى صورة الصورة ولا فى الصورة الأصلية ، إذ أن الموظف العام لم يكن من اختصاصه ولا

---

(١) ومهما يكن من قيمة للتسجيل ، فان الخصم الذى ينكر صحة ورقة عرفية مسجلة أو ينكر صحة التوقيع الذى تحمله ليس فى حاجة إلى الالتجاء لإجراءات الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٨) . هذا وبعد أن أصبح ضروريا فى التسجيل التصديق على التوقيع ، لم يعد فى الإمكان إنكار التوقيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧١ — ٣٠ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ — ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣١٦ — ١٢ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ .

فى إمكانه التحقق من سلامة الأوراق التى تقدم للتسجيل[1] .

وفى العهد الثانى ، عهد قانون التسجيل ثم الشهر العقارى وهو العهد الحالى ، اتخذ المشرع احتياطات دقيقة . وتتلخص هذه الاحتياطات فى وجوب التصديق على التوقيع قبل تسجيل المحرر ، وفى هذا ضمان كاف لعدم تزوير الأوراق ولصحة صدورها من موقعيها ، ثم فى طريقة التسجيل ذاتها فقد صار الأصل هو الذى يحفظ بمكتب الشهر ويعطى لأصحاب الشأن صور فوتوغرافية من هذا الأصل . هذه الصور الفوتوغرافية ، التى تمكن إعادة أخذها فيما بعد منقولة دائماً عن الأصل وأعطاؤها لأصحاب الشأن إذا احتاجوا إليها ، هى صور رسمية دقيقة من أصل محفوظ فى مكتب السجل العقارى ، فقيمتها فى الإثبات لا شك فيها . ذلك أنه إذا كان الأصل موجوداً وهو الغالب ، ولم ينازع الخصم فى مطابقة الصورة الفوتوغرافية للأصل ، اكتفى بالصورة دليلا كاملا فى الإثبات[2] . فان نازع الخصم فى المطابقة ، أمكنت مضاهاة الصورة على الأصل المحفوظ بمكتب الشهر ، وكانت الحجية للأصل لا للصورة . أما إذا فقد الأصل — وهذا نادر ولكنه يقع

---

(١) نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ دار النشر لأحكام النقض المدنية ١ — ١٣ — ٤٨ استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩٣ — ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٧ .

على أنه عندما أخذت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأن صورة الورقة المسجلة لا تصلح للاثبات حتى كبدأ ثبوت بالكتابة ، قضت مع ذلك بأن الصورة الرسمية لورقة عرفية مسجلة تصلح لإثبات مبدأ الحيازة التى تؤدى إلى التملك بالتقادم (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٤) .

ويلاحظ أنه إذا فقد الأصل بقوة قاهرة ، وأمكن الخصم إثبات ذلك ، جاز له الإثبات بالبينة دون حاجة لاستخدام صورة الورقة المسجلة حتى كبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن صورة الورقة العرفية المسجلة وغير المصدق على التوقيع فيها لا قيمة لها فى إثبات صحة الورقة العرفية ذاتها ، ولا تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان عدم تقديم الأصل يرجع إلى أنه قد فقد أو إلى أى سبب آخر كاف لتبرير ذلك (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه جعل صورة الورقة العرفية المسجلة ، فى حالة فقد الأصل ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهو فى غير حاجة إلى ذلك ، ويكفى أن يستأنس بالصورة باعتبارها مجرد قرينة تستكمل بالبينة أو بقرائن أخرى ، لأن الدليل الكتابى غير واجب فى هذه الحالة .

(٢) استئناف مصر ١٨ ابريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ .

أحياناً لقوة قاهرة كحريق أو سرقة — فان دقة الصورة الفوتوغرافية ورجحان سلامة الأصل من التزوير بعد التصديق على التوقيع ، كل ذلك يسمح باعطاء هذه الصورة الفوتوغرافية قوة إثبات كاملة أو فى القليل يجعلها مبدأ ثبوت بالكتابة[١] .

(الاستثناء الثانى) فى حالة ما إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين ، فتكون لهذه الصورة بعض القيمة فى الإثبات . ويلاحظ أن هذه الصورة المكتوبة بخط المدين لا تحمل توقيعه ، وإلا صارت إما نسخة ثانية ، لا مجرد صورة ، فتكون لها حجية الأصل كالنسخة الأولى ، وإما سنداً مؤيداً (acte recognitif) وسيأتى بيان قيمته فى الإثبات . فالصورة التى نحن بصددها هى إذن مكتوبة بخط

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٠٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٧٧ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٤٢ .

ومع ذلك قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس بين الأدلة الكتابية التى نص عليها القانون المدنى الصورة الشمسية للأوراق . والقانون المدنى لا يعترف إلا بالصورة الرسمية التى يحررها موظف يختص بتحريرها ، ولا يعترف بقيمة ما لصور العقود العرفية ، حتى لو كانت مسجلة وكانت صورها محررة بمعرفة موظف من موظفى قلم التسجيل . ذلك لأن الدليل الكتابى العرفى لا ينهض حجة إلا إذا كان بذاته صادراً ممن نسب إليه . فالصور الشمسية ، وهى ليست بكتابة مخطوطة باليد بل هى صورة آلية من وضع يد غير اليد التى يصح أن تكون كاتبة للأصل المأخوذة عنه تلك الصورة ، لا يصح مطلقاً أن تعتبر دليل إثبات ، لأنها ورقة وإن نقلت الكتابة بإثبات صورتها إلا أنها غير الورقة الأصلية التى تظهر فيها حالتها الطبيعية ومايشوبها من عيوب . وأنه وإن كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد جعل قيمة قانونية للصور الشمسية الصادرة من قلم التسجيل والمأخوذة من الأصل الموقع عليه من المتعاقدين والمحفوظ فى هذا القلم ، فذلك لأنه عند إنكار العقد المقدم صورته يمكن الرجوع حالا إلى الأصل المحفوظ بقلم التسجيل ويحقق إنكاره ، فالحجية لا تكون فى الحقيقة للصورة الشمسية بل للأصل المحفوظ فى قلم التسجيل (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

ثم قضت بعد ذلك بأن الصورة المستخرجة من دفاتر التسجيل لعقد عرفى لا يصح أن تعتبر فى ذاتها دليلا كتابيا أو مبدأ ثبوت بالكتابة . ويجعل للقاضى على أى حال حق النظر فى درجة اعتمادها (م ٢٣١ مدنى) . وإن كان هناك رأى يقول بجواز اعتبار صورة العقد العرفى المسجل كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مصدقا فى أصل العقد على إمضاء الصادر منه تصديقاً رسمياً (٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ — وقد سبقت الإشارة أيضا إلى هذا الحكم — ويبدو منه ميل المحكمة إلى إعطاء صورة الورقة العرفية المسجلة إذا كان مصدقا على التوقيع فيها قيمة ما فى الإثبات . وهذه بداية فى تطور القضاء يرجى أن تبلغ غايتها) .

المدين ولا تحمل توقيعه ، ويمكن فى هذه الحالة اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها صادرة من المدين ما دامت بخطه ، وتستكمل بالبينة أو القرائن[١].

على أنه ليس من الضرورى أن تكون صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين نفسه لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يكفى أن تكون صادرة من نائب المدين . مثل ذلك أن يعلن محضر – وهو نائب المعلن – ورقة عرفية إلى المعلن إليه . فالصورة التى يتركها المحضر بخطه (أو المفروض أنها بخطه لأنها صادرة منه) تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يتمسك به الخصم ضد المعلن ، إذ أن هذه الصورة مكتوبة بخط نائب المدين وهو المحضر ، فكأنها صادرة من المدين[٢] .

١٢٩ — السند المؤيد وقيمته فى الاثبات: وبين الأصل والصورة يوجد سند ، لا هو مجرد صورة (copie) لأنه يحمل توقيع المدين ، ولا هو نسخة ثانية (exemplaire) من الأصل لأنه غير معاصر للأصل بل يكتب بعده . فهو إذن أضعف من الأصل ، وأقوى من الصورة . هذا هو السند المؤيد أو السند الجديد (acte recognitif, titre nouvel) وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته فى محرر يسمى بالسند الأصلى (acte primordial) . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لا يتضمن إقراراً على اطلاقه ، بل يشير إلى أن الحق المقر به قد سبق إثباته فى سند أصلى . ومن ثم إذا تعارض السند المؤيد مع السند الأصلى ، كان السند الأصلى هو المعتبر . ولو كان السند المؤيد إقراراً محضاً لأخذ به دون السند الأصلى[٣] .

والسند المؤيد ، على هذا النحو ، يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلى إذا كان هذا

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦ — انظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٧ — محكمة النقض الفرنسية ١٦ يونية سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١–١–٩٧ .

(٣) وتعيين ما إذا كان السند مطلق إقرار أو هو سند مؤيد مسألة موضوعية لا تعقيب فيها لمحكمة النقض (نقض فرنسى ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٦٢ — أول يونية سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٣٢٨ — أوبرى ورو ١٢ ص ٢٨١ هامش رقم ١) .

معرضاً للفقد . ويغلب أن يكون ذلك فى الديون الطويلة الآجال وفى الإيرادات المؤبدة ، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلى لقدم العهد بالسند الأصلى ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل[١] .

وقد تضمن التقنين المدنى الفرنسى نصاً يقرر قيمة السند المؤيد فى الإثبات . فنصت المادة ١٣٣٧ من هذا التقنين على ما يأتى : «السندات المؤيدة لا تعفى من تقديم السند الأصلى ، إلا إذا كان نص السند الأصلى قد دون خصيصاً فى السند المؤيد . وما اشتمل عليه السند المؤيد زائداً على السند الأصلى ، أو ما اختلف معه فيه ، فليس له من أثر . ومع ذلك يعفى الدائن من تقديم السند الأصلى إذا وجدت جملة من السندات المؤيدة المتطابقة ، تدعمها الحيازة ، ويكون تاريخ أحد هذه السندات يرجع إلى ثلاثين سنة »[٢] .

ويتبين من هذا النص أن السند المؤيد ، فى التقنين الفرنسى ، لا يصلح فى ذاته دليلا كاملا . وهناك فرضان : (الفرض الأول) أن السند الأصلى موجود . وفى هذه الحالة لا يكون السند المؤيد دليلا أصلا ، بل يجب على الدائن إبراز السند الأصلى . فاذا كان هناك خلاف بينه وبين السند المؤيد فالعبرة بالسند الأصلى ، إلا إذا تبين من الظروف أن السند المؤيد ليس فى حقيقته إلا تجديداً للدين فتكون العبرة بالدين الجديد . (الفرض الثانى) أن السند الأصلى غير موجود . وفى هذه الحالة لا يكون للسند المؤيد قوة فى الإثبات كدليل كامل (٣) ، ولكنه يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة

---

(١) وكان السند المؤيد واسع الانتشار فى القانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الإيرادات والمرتبات المؤبدة مألوفة إلى حد كبير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ ص ٩٤٨) .

(٢) وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى .

Art. 1337 : Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relaté. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

(٣) إلا فى حقوق الارتفاق ، وإلا إذا كان السند المؤيد هو فى حقيقته تجديد للدين .

وبالقرائن . ومع ذلك قد يكون دليلا كاملا فى حالتين : (١) إذا كان نص السند الأصلى مدوناً بأكمله فى السند المؤيد (٢) إذا تعـددت السندات المؤيدة ، وكانت متطابقة ، ودعمتها الحيازة ، وكان أحدها يرجع تاريخه إلى ثلاثين سنة على الأقل . فيجوز للقاضى فى هذه الحالة ، إذا كان السند الأصلى قد فقد ، أن يعد السندات المؤيدة دليلا كاملا ، ويترك ذلك إلى تقديره . وهذه الأحكام ينتقدها الفقه فى فرنسا(١) ، لأنها لا تتفق مع القواعد العامة .

فان هذه تقضى — وهذا ما يجب اتباعه فى مصر ما دام لايوجد نص فى هذه المسألة — بأنه إذا وجد سند مؤيد لسند سابق ، اعتد بالسند المؤيد كدليل إثبات كامل ، إذ هو موقع من المدين وليس مجرد صورة لورقة عرفية ، سواء فى ذلك اشتمل على نص السند الأصلى أو لم يشتمل ، وتعددت السندات المؤيدة أياً كان تاريخها أو لم تتعدد . ولكن لما كان السند المؤيد يشير إلى سند أصلى ، فالمفروض أن السند المؤيد مطابق للسند الأصلى ، إلى أن يثبت المدين العكس بابرازه السند الأصلى . وبهذا تقضى المادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الجديد يحتوى على نص مماثل ، إذ كانت المادة ٥٣٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين . على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصلى» . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، ويغلب أن يكون ذلك اكتفاء بالقواعد العامة (٢) .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ مكررة ص ٢٨١ — ص ٢٨٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ — فقرة ١٥٠٣ ص ٩٤٨ — ص ٩٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص ما يأتى : «السند المؤيد لسند سابق أو السند الجديد هو ما يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته فى محرر يلقب اصطلاحاً بالسند الأصلى . فالسند المؤيد لا يعتبر من قبيل الصور ، ولا يستحدث جديداً على وجه الإطلاق ، لأنه يحمل توقيع من يجوز الاحتجاج به قبله . وتنحصر أهمية هذا السند عملا فى قطع التقادم وتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلى وتعرضه لاحتمال الفقد . ويفرق التقنين الفرنسى ، فيما يتعلق بحجية السند المؤيد ، بين حالة اشتمال هذا السند على صيغة السند الأصلى ، وبين حالة خلوه من هذه الصيغة . ولا يجعل للسند الجديد حجية فى الحالة الثانية إلا إذا قدم السند الأصلى . بيد أن =

الفرع الثانى

الأوراق العرفية غير المعدة للاثبات

١٣٠ — **بيان هذه الأوراق** : رأينا فيما تقدم أن الورقة العرفية التى تعد للإثبات لا تكون دليل إثبات كامل إلا إذا كان موقعاً عليها ، وأن التوقيع هو الذى يضفى على الورقة حجيتها . على أنه توجد بعض أوراق عرفية لم تعد مقدماً للإثبات ، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة ، ولا يشترط فيها أن يكون موقعاً عليها .

وقد نص التقنين المدنى الجديد على أربعة أنواع من هذه الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات ، وجعل لكل نوع منها قيمة فى الإثبات معينة ، وهى :

(١) الرسائل والبرقيات .

(٢) دفاتر التجار .

(٣) الدفاتر والأوراق المنزلية .

(٤) التأشير ببراءة ذمة المدين[١] .

= السند المؤيد ينطوى فى هذه الحالة على إقرار كتابى موقع عليه ، فلا محل إذن لاشتراط تقديم السند الأصلى من الدائن . ولذلك رأى المشروع إلزام المدين بتقديم السند الأصلى عند النزاع ، مقتدياً فى ذلك بالمادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١) . ويلاحظ أن القانون السورى استبقى هذا النص تحت رقم المادة ١٣ من قانون البينات .

هذا ويستطيع المدين ، إذا لم يقدم السند الأصلى ، إثبات عكس ما جاء بالسند المؤيد ، ولكن طبقاً للقواعد المقررة فى الإثبات ، فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

(١) انظر فى طريق خاص لإثبات التوريدات المنزلية بحفر علامات على شقى عصا مشطورة إلى قسمين (tailles) ، وكان هذا الطريق معروفاً فى فرنسا عندما كانت الكتابة غير منتشرة ، أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٩ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٨ — فقرة ٢٤٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ٩٥٦ — ص ٩٥٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٣ — فقرة ١٢٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤١ — كولان وكاپيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٦٥ — چوسران ٢ فقرة ١٦١ فقرة ٨٦ هامش رقم ١ . والسبب فى بقاء هذا الطريق للإثبات مذكوراً فى الفقه الفرنسى بعد اندثاره فى العمل أن التقنين المدنى الفرنسى ، وقد وضع فى سنة ١٨٠٤ ، أفرد له نصاً خاصاً هو المادة ١٣٣٣ .

وإنما أشرنا إلى هذا الطريق الخاص للتدليل على أن للعرف دوره فى رسم طرق الإثبات .

المبحث الأول

الرسائل والبرقيات

١٣١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات » .

« ٢ — وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » .

« ٣ — وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٥٧ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد ١٦٢ — ١٦٦ ، وفى التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٣[2] — ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص مقابل .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تكون للرسائل قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ٢ — وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » . وفى لجنة المراجعة أضيفت فى الفقرة الأولى بعد عبارة « تكون للرسائل » عبارة « الموقع عليها » ، ليخرج من نطاق النص الرسائل غير الموقع عليها . ثم أضيفت فقرة ثالثة على الوجه الآتى : « وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس » . وصارت المادة رقمها ٤٠٩ . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٦ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٦ — ص ٣٨٠) .

(٢) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢ . ١ — تكون للرسائل قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً =

ونتكلم فى قيمة الرسالة (lettre missive) فى الإثبات ، ومتى يحتج بها المرسل إليه ، ومتى يحتج بها الغير ، ثم فى قوة البرقية فى الإثبات .

١٣٢ — قيمة الرسالة فى الاثبات : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «لم يعرض تقنين من التقنينات(١) للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية ، وقد يلتمس للتقنين

= بإرسالها . ٢ — وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع فى دائرة البريد موقعاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ٣ — يقبل من الذى أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصل دائرة البريد أو بوصل من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥٧ : تطابق نص التقنين المصرى مع تحوير لفظى طفيف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٢ : ان الكتاب البريدى يصلح حجة على موقعه لمصلحة المرسل إليه ، ما لم يثبت الأول أنه لم يرسله ولم يكلف أحداً إرساله — م ١٦٣ : إذا لم يكن الكتاب سرياً حق للمرسل إليه أن يستعمله وأن يتنازل للغير عن هذا الحق . وفى المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق — م ١٦٤ : فى المواد المدنيـة لا يجوز إبراز الكتاب السرى إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه ، وإلا كان إبرازه عملا غير مباح يستهدف فاعله للحكم ببدل العطل والضرر ، وعلاوة على ذلك فان المحكمة لا تعتد بأى كتاب بريدى يبرز لديها خلافاً للأصول . م ١٦٥ : إن مرسل الكتاب المضمون الذى يثبت وصوله بسند إيصال من دائرة البريد أو من المرسل إليه يقبل منه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يقم البرهان على العكس — م ١٦٦ : من حصل ، طبقاً لأحكام المادة السابقة ، على حكم ملائم لمصلحته بناء على إبرازه نسخة كتاب ، ثم ظهر الأصل فيما بعد فاتضح منه أن هذه النسخة المزعومة غير صحيحة ، يحكم عليه بضعفى قيمة الضرر الذى نتج عن عمله الاحتيالى .

التقنين المدنى للملكة المتحدة الليبية م ٣٨٣ : تطابق نص التقنين المصرى .

ويتبين من النصوص المتقدمة أنه فيما عدا نص المادة ١٦٦ من تقنين المحاكمات المدنية اللبنانى الذى يقضى بضعفى قيمة التعويض عن العمل الاحتيالى الذى يتضمنه النص — وفى هذا ضرب من العقوبة لم ير قانون البينات السورى أن يجارى فيه التقنين اللبنانى — لا تختلف أحكام القوانين المدنية العربية عن أحكام القانون المدنى المصرى ، إلا أن القانونين السورى واللبنانى أفاضا فى تفصيلات يمكن الوصول إليها عن طريق تطبيق القواعد العامة .

(١) هذا يصدق على التقنينات الغربية . أما التقنينات العربية فقد رأيناها تحتوى نصوصاً تحدد قيمة الرسائل من حيث الإثبات .

الفرنسى بعض العذر فى إغفالها إذا روعى أن التعامل بالرسائل كان فى سنة ١٨٠٤ بالغ الندورة ... بيد أنه من المسلم أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية ، حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار . وليس شك فى أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص فى المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعى جديد نظراً لانتفاء قيود الإثبات فى هذه المسائل . على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً ، ومن عجب أن يستشعر واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى ضرورة تشبيه البرقية بالورقة العرفية فى المادة ٤٨٤ دون أن يشيروا إلى الرسائل »[١] .

وقد كان الفقه والقضاء فى مصر[٢] ، فى ظل التقنين السابق وبالرغم من انعدام النص ، يذهبان إلى أن الرسالة متى وصلت إلى المرسل إليه صارت ملكه ، وله أن يستخدمها كدليل إثبات على حق يدعيه عند المرسل ، حتى لو تضمنت سراً فيخير المرسل بين أن يقدم الرسالة إلى القضاء بالرغم من احتوائها لهذا السر أو أن ييسر له المرسل الإثبات من طريق آخر غير الرسالة . وقد ترتفع السرية عن الرسالة بعد وجودها إذا نشرت وعرفها الجمهور ولو عن طريق دعوى جنائية انتهت بحكم بالبراءة[٣]. ثم إن ماورد فى الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقعاً عليه منه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو دليلا كاملا ، على أن يترك ذلك إلى تقدير القاضى ، فان الرسالة ليست فى الأصل معدة للإثبات ، وما يدونه المرسل بها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه فى الورقة العرفية التى تعد مقدماً للإثبات ، فيجب أن يكون هذا محلا للاعتبار[٤] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ .

(٢) انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٥١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٥٥ — الأستاذ سليمان مرقص فى أصول الإثبات فقرة ٨٨ - الأستاذ عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ١٤٦ — نقض مدنى ١٢ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ١٣ ص ٢٨ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨١ ص ٤٦٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٤٩٦ — استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٥ مكررة — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ — نقض فرنسى ١٩ يونية سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦—١—٢٠ .

(٤) وهذا هو أيضاً ما يذهب إليه الفقه الفرنسى ، فهو يعتبر ، دون نص على ذلك فى =

أما التقنين الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضي ، بل نص صراحة على أن «تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات»[1] . وكان التقنين الجديد جريئاً فى إيراده لهذا النص ، فلم يسبقه إليه تقنين آخر كما تقول المذكرة الإيضاحية . وقد سلب القاضي حريته فى التقدير ، فلم يعد هذا يستطيع ، إذا رأى أن المرسل لم يحتط فى رسالته ولم يقصد إلى أن ينتج جميع الآثار القانونية التى تترتب على ما كتبه فى هذه الرسالة ، أن يرفع عن الرسالة حجيتها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع فى ظل التقنين السابق . فمتى كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وصار

= التقنين المدنى الفرنسى ، أن الرسالة قد تكون ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضى ، دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو تكون لمجرد الاستئناس (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦ — لارومبيير ٦ م ١٣٣١ فقرة ١٤ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٣ — هيك ٨ فقرة ٢٥٦) . ويذهب الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى أن الرسالة ليست طريقاً خاصاً للإثبات ، بل هى تخضع للقواعد العامة ، فإن كانت موقعة كانت لها حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات ، وإن لم تكن موقعة ولكنها بخط المرسل كانت مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإلا كانت لمجرد الاستئناس . ويقولون إنه يجب التمييز ما بين حجية الرسالة ومقدار ما تشتمل عليه من المعلومات . فالرسالة لها الحجية الكاملة ، شأنها فى ذلك شأن أية ورقة عرفية أخرى ، ولا تخضع فى هذه الحجية لتقدير القاضى . أما مشتملات الرسالة الموقعة فهى التى تخضع لتقدير القاضى . فقد تكون وافية إلى حد يجعل الرسالة دليلا كاملا ، وقد تكون ناقصة إلى حد لا يجعل من الرسالة إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد تكون مقتضبة إلى حد لا يجعل الرسالة صالحة إلا لمجرد الاستئناس (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٩ — ص ٣١٥ — انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٤٩) . ولكن مع القول بأن مشتملات الرسالة تخضع لتقدير القاضى ، فإنه يجب كذلك التسليم بأن حجية الرسالة ذاتها ، عند انعدام النص ، تخضع هى أيضاً لتقدير القاضى . فقد تكون الرسالة موقعة ، وتكون مشتملاتها وافية ، ومع ذلك يرى القاضى أن الظروف التى كتبت فيها الرسالة لا تسمح بإعطائها حجية كاملة ، وهو فى ذلك لا يقدر مشتملات الرسالة إذ هى وافية كما قدمنا ، ولكنه يقدر الحجية ذاتها .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد أقر القضاء والفقه ما تواضع عليه المتعاملون فى هذا الشأن ، وأنشآ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادىء المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم خلو التشريع من النص . وقد استندا فى ذلك إلى : (ا) أن القانون لم يشترط شكلا خاصاً فى المحررات العرفية ، إلا ما استثنى منها بالنص . (ب) وأن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية الورقة العرفية وهما الخط والتوقيع . فمن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة ، =

لها حجيتها ، حتى لو كانت لم تستوف شرطاً جوهرياً هو أن تكون قد أعدت مقدماً للإثبات فان هذا الإعداد السابق من شأنه أن يفرض على المرسل الاحتياط والتمعن . بالرغم من ذلك أصبحت الرسالة الموقعة فى التقنين الجديد، كما قدمنا، بمنزلة الورقة العرفية المعدة للإثبات ، ولها قيمة الدليل الكامل . فهى حجة على المرسل من حيث صدورها منه ، إلا أن ينكر توقيعه أو خطه على النحو الذى قدمناه فى الأوراق العرفية المعدة للإثبات . وهى أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة ، وهو لا يستطيع أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وهى أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانونى الذى تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التى يسمح بها القانون (١) .

= وأن يعين مدى حجيتها ، وما ينبغى أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية ، نزولا على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، وتمشياً مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى — ويجب ، فيما يتعلق بالشكل ، أن يجتمع فى الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرهما فى الأوراق العرفية ، وهما الخط والتوقيع . وغنى عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفى من هذه الناحية دون حاجة إلى أى شرط آخر . أما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فن رأى فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضى ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الإقرار فى غير مجلس القضاء . بيد أن مذهب القضاء قد تطور فى هذا الشأن ، فعمدت المحاكم إلى إقرار مبدأ التعاون فى تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضى أن يأمر بتقديم الأدلة التى تثبت حيازة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها ، إذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٦) . وقد أقيم المبدأ الذى تقدمت الإشارة إليه على ما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فى تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضى ما يكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الإثبات فى هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة . وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل . فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضى أن يلزمه بذلك . ثم إن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية فى بعض التقنينات يقصد منه إلى تحقيق المســاواة بين طرفى التعاقد ، وهو غرض لايفوت بداهة من جراء إقرار هذه الحجية . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكاتبة متى كانت متعلقة بمعاملة من المعاملات ولو كانت مدنية بطبيعتها . وتفريعاً على ذلك عمد المشروع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية فى الحكم بينها وبين سائر الأوراق العرفية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ — ص ٣٧٩) .

(١) وقد قدمنا (انظر فقرة ١٢٥) أن الرسالة يجب أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون هذا =

والذى لايزال يفرق فى نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المعدة للإثبات ، حتى فى ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضى عند تفسيره للعبارات الواردة فى الرسالة الموقعة — إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدماً للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض فى غير المسائل التجارية — لا بد أنه ملق بالاإلى أن كاتب هذه العبارات لم يصطنع الحيطة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعباراته ارتباطاً قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذى كتبت فيه .

أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهى تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة كما كان الأمر فى التقنين السابق . وصورة الرسالة لاحجية لها كصورة أية ورقة عرفية [1].

١٣٣ — متى يجوز للمرسل اليه أن يحتج بالرسالة : من حق المرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلا لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك [2]. فاذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين

= التاريخ حجة على الغير ، وأن هذا هو ما أجمع عليه الفقه فى فرنسا . ورأينا أنه قد يحسن التمييز ما بين الرسالة التى أعدت مقدماً للإثبات ، وهذه لا يحتج بتاريخها على الغير إلا إذا كان ثابتا ، وبين الرسالة التى لم تعد مقدماً للإثبات ، وهذه تكون ، كسائر الأوراق العرفية التى لم تعد مقدماً للإثبات ، حجة بتاريخها العرفى على الغير إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ونبرز فى هذه المناسبة مانص عليه قانون البينات السورى (م ١٢ فقرة ١) من أن الرسالة تكون لها قوة السند فى الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها (انظر أيضاً المادة ١٦٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى وقد سبق إيرادها) .

أما قيمة الرسالة المسجلة (lettre recommandée) فى الإثبات ، فالظاهر أن هذه الرسالة تكون حجة بما تحتويه على من أرسلت إليه ، ولا يملك المرسل إليه الانتقاص من هذه الحجية برفضه تسلم الرسالة . ويجوز للمرسل إثبات مشتملات الرسالة بالقرائن ، أيا كان السبب فى ضياعها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٧ — ص ٩٥٥ — ص ٩٥٦) . وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون البينات السورى تنص على أن «يقبل من الذى أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصل دائرة البريد أو بوصل من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس (انظر أيضاً المادة ١٦٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى وقد تقدم ذكرها) .

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٣٠ .

(٢) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٨ — ص ٣١٠ (وفى ص ٣٠٩ هامش رقم ١ يحدد هذان الفقيهان تحديداً دقيقاً نطاق المسألة التى نحن بصددها) .

المرسل ، أو التزاماً تعهد به المرسل ، أو مخالصة ، أو إبراء ، أو إقراراً ، أو نحو ذلك ، كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة فى أن يقدم الرسالة دليلا على ماتقدم . وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة فى حق المرسل إليه كتهديد أو احتيال أو قذف أوسب ، أو كانت دليلا على جريمة هو مجنى عليه فيها كجريمة الزنا[1] ، كان له أن يقدمها إلى القضاء دليلا للإثبات .

على ألا يكون فى كل هذا انتهاك لحرمة السرية . فاذا كانت هناك سرية تنتهك ، ولم ينبه المرسل إليه المرسل حتى ييسر له الإثبات من طريق آخر على النحو الذى سبق أن بيناه ، فلا يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ، وإن فعل جاز للمرسل أن يطلب استبعادها ، وله الرجوع على المرسل إليه بالتعويض[2] .

---

(١) وفى جريمة الزنا لايتقيد الحق فى تقديم الرسالة دليلا على هذه الجريمة بأى قيد ، لا بإذن المرسل ، ولا بوجوب احترام سرية الرسالة ، ولا بوجوب الحصول على الرسالة بطريق مشروع . على أن عدم التقيد بشرط مشروعية الحصول على الرسالة محل خلاف فى فرنسا ، والرأى الغالب هو وجوب التقيد بهذا الشرط . وقد قضت محكمة النقض المصرية ، فى دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة ، بوجوب أن تكون وسيلة الزوج فى الحصول على الرسائل المثبتة لجريمة الزنا على الزوجة وسيلة مشروعة ، فلا يجوز أن يحصل على هذه الرسائل من طريق غير مشروع ، وهو السرقة ، بأن يكسر فى غيبة الزوجة درجاً خاصاً بها توجد فيه هذه الرسائل . ومما قالته محكمة النقض فى أسباب حكمها ما يأتى : «ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين ، والقانون الواجب التطبيق فى هذا الخصوص هو القانون الفرنسى ، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أياً كانت الوسيلة التى حصل بها الزوج عليها ، مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة ، هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء فى الدعوى . وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج فى الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل فى الإثبات ، أم غير مشروعة فلا تقبلها» . (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٠ ص ٣٤٩) . انظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٤٨ ص ١٦٥ — ص ١٦٦ وهامش رقم ١ من ص ١٦٦ . انظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٦٥ . وفى القانون الفرنسى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٧ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٨ ص ٣١١ — ص ٣١٢ .

(٢) انظر المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، وقد سبق إيرادهما (انظر فقرة ١٣١ فى الهامش) . ويلاحظ أن المادة ١٦٤ من هذا التقنين نصت على أنه « فى المواد المدنية ، لا يجوز إبراز الكتاب السرى إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه » . ونصت المادة ١٦٣ على أنه «فى المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق» .

وينتقل حق المرسل إليه فى الرسالة كدليل إثبات إلى ورثته من بعده . فلهم استعمالها كخلف له فى نفس الحدود التى يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

وهذه الأحكام إنما هى تطبيق للقواعد العامة ، وكان معمولا بها فى ظل التقنين السابق .

١٣٤ — متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة : ولا يقتصر حق الاحتجاج بالرسالة على المرسل إليه وورثته ، بل يمتد هذا الحق إلى الغير ، وهو كل شخص غير المرسل إليه وورثته تكون له مصلحة مشروعة فى الاحتجاج بها . مثل ذلك أن تتضمن الرسالة إقراراً من المرسل يفيد الغير ، أو تتضمن اشتراطاً لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه فى الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوى على دليل إثبات ، فمن كان فى حاجة إلى هذا الدليل لإثبات دعواه أمام القضاء جاز له أن يطلب تقديم الرسالة . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد ، لا من حق الملك ، بل من الحق فى الإثبات وهو الحق الذى رسمنا مداه فيما تقدم[1] .

وهو حق ضيق فى التشريع المصرى . فقد رأينا أن تقنين المرافعات الجديد (م٢٥٣) يجيز للخصم — وهو هنا الغير — أن يطلب إلزام خصمه — وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير — بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التى تتضمن دليلا لمصلحة الغير ، إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون فى

(١) والفقه فى فرنسا يميز بين حق ملكية الرسالة وحقوق أخرى تنصب على الرسالة ولكنها لا تختلط بحق الملكية المادية ، وذلك كحق السرية فى الرسالة (le droit secret) ، وحق تقديم الرسالة دليلا للإثبات (le droit à la preuve) ، وحق الملكية المعنوية فى الرسالة (propriété littéraire) ، وغير ذلك من الحقوق المتنوعة (انظر فى هذه المسألة جنى : فى الحقوق المتعلقة بالرسائل — تعليق بارتان على أوبرى ورو ١٢ ص ٢٨٩ هامش رقم ٤ مكرر — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٤٦) .

تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية ، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها ، هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذى طلب تقديم الرسالة

وهذا كله لو كانت الرسالة فى يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع فى يد الغير الذى له مصلحة مشروعة فى الاحتجاج بها . فان وقعت فى يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا (١) ، فلا يجوز له تقديمها بتاتاً ، وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت فى يده بطريقة مشروعة (٢) ، فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا باذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات فى الأحوال التى قدمناها فيجوز له تقديمها بغير إذن المرسل إليه (٣) . وفى جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة اذا كان فى تقديمها انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل (٤) . ولا تعتبر الرسالة سرية لمجرد أنها موجهة لشخص غير الذى يحتج بها (٥) ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك (٦) .

١٣٥ — قوة البرقية فى الاثبات : والبرقية قوتها فى الإثبات كقوة الرسالة الموقعة ، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٥٠ هامش رقم ٥ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ليستخلص منها دليلا على ما يدعى قبل الطرف الآخر ، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضى ، وله أن يسترشد فى شأنها بالأحكام الخاصة بما يصدر من الإقرارات فى غير مجلس القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩) . وتنصرف هذه العبارة إلى حجية الرسالة أى قيمتها فى الإثبات ، لا إلى الحق فى تقديمها إلى القضاء .

(٣) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٨٩ — ص ٢٩١ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ ص٢٩١ — ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٤٩ — ص ٩٥٢ .

(٥) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣ .

(٦) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٦ . والحق فى السرية لا يستند إلى حق ملكية الرسالة ولا إلى اتفاق بين المرسل والمرسل إليه ولا إلى الحق فى الإثبات ، وإنما يستند إلى الحرمة الشخصية . انظر فى هذه المسألة تعليق بارتان على أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٢ هامش رقم ١٥ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٤٦ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ والموجز للمؤلف فقرة ٦٥٢ .

من المرسل . ذلك أن البرقية هى أصل وصورة . فالأصل يكتبه المرسل عادة بخطه ويوقعه ، وهو يحفظ فى مكتب التصدير لمدة معينة هى ثلاثة أشهر من تاريخ صدور البرقيات الداخلية وعشرة شهور من الشهر التالى لصدور البرقيات الخارجية وخمسة عشر شهراً من الشهر التالى لصدور البرقيات اللاسلكية [١] . والصورة يكتبها عامل البرق الذى يتلقى البرقية فى مكان وصولها ، ويرسل بها إلى المرسل إليه . فلا يكون إذن فى حيازة المرسل إليه كدليل للإثبات إلا هذه الصورة . وهى فى ذاتها ، كصورة لورقة عرفيـة ، ليست لها قيمة فى الإثبات . وإنما تفترض مطابقتها للأصل مادام الأصل لا يزال موجوداً بمكتب التصدير . فاذا ادعى المرسل أن هذه المطابقة غير متوافرة ، فعليه أن يطلب من « مصلحة التلغرافات » تقديم الأصل ، وتضاهى عليه الصورة . فان تحقق التطابق ، كان للبرقية حجية الورقة العرفية : من حيث صحـة صدورها من مرسلها إلى حـد الإنكار ، ومن حيث صحة الوقائع الواردة بها الى حد اثبات العكس ، ومن حيث قيام التصرف القانونى الذى تشهد به مع جواز دفعه بجميع الدفوع الموضوعيـة والشكلية ، وكذلك من حيث جواز تمسك المرسل إليه وتمسك الغير بالبرقية على النحو الذى بسطناه فى الرسالة . ولـكن هذه الحجية مستمدة ، لامن الصورة ، بل من الأصل الذى وجدت الصورة مطابقة له . ويعتبر تاريخ البرقية تاريخـاً ثابتاً ، لأن خاتم المـكتب الذى يختم به الأصل يحمل تاريخ الإرسـال ويمكن التأكد من صحة التاريخ بالرجوع إلى دفتر معد لذلك[٢] . فاذا لم تكن الصورة مطابقة للأصل ، فالعبرة بالأصل الموقع من المرسـل لا بالصورة التى يكون التحريف قد تسرب إليها من عامل البرق .

أما إذا كان الأصل الموقع عليه قد أعدم بعد انقضاء المدة المعينة[٣] ،

---

(١) انظر المادة ٧٦ من دليل التلغرافات .

(٢) وكذلك صورة البرقية ، فإنها تختم أيضاً فى مكتب جهة الوصول بختم مؤرخ (انظر فى هذه المسـألة الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٧٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

(٣) وإذا خشى المرسل إليه من إعدام الأصل قبل قيام النزاع المحتمل ، كان له أن يلجأ إلى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، فيختصم مرسل البرقية ليقر بصدورها منه ، وفقاً للاجراءات التى قررها تقنين المرافعات وقد سبقت الإشارة إليها (انظر الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٧٣٣ — فقرة ٣٧٤ — عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

أو كان غير موجود بأن سرق أو احترق أو ضاع أو فقد لأى سبب آخر ، فلا عبرة بالصورة ، لأن الحجية إنما هى كما قدمنا مستمدة من الأصل . ولا تصلح الصورة فى هذه الحالة إلا لمجرد الاستئناس ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٩٦ وقد تقدم ذكرها . ولا تعتبر الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها ليست بخط المرسل ، ولا يعتد بأنها صدرت من موظف عام لأنه ليس من شأنه أن يتحقق من شخصية مرسل البرقية ، ويقع كثيراً أن يكتب البرقية ويتولى إرسالها شخص غير صاحبها (١).

بقيت حالة ما إذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل . وهذه تخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد نص خاص فى شأنها . وتقضى القواعد العامة فى هذه الحالة أن تكون العبرة بالأصل لا بالصورة كما قدمنا . فاذا لم يوجد الأصل غير الموقع ، فالصورة لا تصلح إلا لمجرد الاستئناس وفى كثير من الحذر لأن الأصل لم يوقع عليه . وإذا وجد الأصل غير الموقع ، فهو أيضاً لا يكون دليلا كاملا لانعدام التوقيع ، ولكنه قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المرسل (٢).

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٣٤ هامش رقم ٥ .

(٢) قارن فى كل هذا فى الفقه الفرنسى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٥ — فقرة ٢٤٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٥ — هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن البرقيات ما يأتى : «أما البرقيات ، وهى التى تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهى تختلف عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإبلاغ . بيد أن ثمة فارقاً آخر يتصل بكيفية الإبلاغ . فالمرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية ، بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات فى المكتب المختص بتلقى مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صور الأوراق العرفية لا تتوافر لها أى حجية فى الإثبات . بيد أنه رؤى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة فى تغيير مضمون هذا الأصل . وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ . ولهذه العلة أجيز لذى الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفى فيه تقديم الأصل المحفوظ فى مكتب الإرسال . ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلا لنصيب الأوراق العرفية منها إلا بتوافر شرط جوهرى هو توقيع المرسل على الأصل . بيد أن تخويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصول البرقيات بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية . وقد سوى التقنين المراكشى (المواد ٤٢٨—٤٣٠) =

على أن الأحكام نفسها التى أوردها التقنين الجديد فى شأن البرقيات ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد كان معمولا بها فى ظل التقنين السابق دون نص[1] .

المبحث الثانى

دفاتر التجار

١٣٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة » .

« ٢ — وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه »[2] .

= والمشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٤٨) بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩ — ص ٣٨٠) .

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف (فقرة ٦٥١) شرحاً للقانون القديم ما يأتى : «ولا تعتبر البرقية دليلا إلا إذا أمكن الرجوع إلى الأصل المكتوب بخط المدين أو الموقع عليه منه» .

هذا وقد قضت محكمة الموسكى بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية التى قد تكون سرية (١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .

أما إثبات التعاقد بالتليفون فتسرى عليه القواعد العامة (انظر فى هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر فى التقنين الجديد مع عدم إيراد عبارة «وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة» الواردة فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة حتى يقتصر حكم النص على ما يجوز إثباته بالبينة : وأصبحت المادة رقمها ٤١٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « المثبتة » بكلمة الواردة فى الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٣٩٧ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨١ وص ٣٨٣ — ص ٣٨٤) . =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن التقنين التجارى اشتمل على نصوص طبقها القضاء واستخلص منها الأحكام التى تضمنتها المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا حكماً واحداً استحدثته هذه المادة وهو الحكم الخاص بالبيانات الواردة فى دفاتر التاجر متعلقة بما ورده لغير التاجر ، وقد نقل هذا الحكم عن المادة ١٣٢٩ من التقنين المدنى الفرنسى .

ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية : فى قانون البينات السورى المواد ١٤ و١٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٥٨ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد ١٧٠–١٧٢ ، وفى التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٤[1] ،

= وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «جمع المشروع فى هذه المادة ما ورد من الأحكام فى المادتين ٢٨٥ و٢٨٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويراعى أن هذه الأحكام قد استقيت من المادتين ١٣٢٩ و١٣٣٠ من التقنين الفرنسى ، والمادتين ١٣٢٨ و١٣٢٩ من التقنين الإيطالى ، والمادة ١٣٢٨ من التقنين الإسبانى ، والمادتين ٤٣٣ و٤٣٨ من التقنين المراكشى . وقد نصت المادة ١٩١٩ من التقنين الهولندى على أن الدفاتر التجارية تكون حجة على غير التجار بكمية ما تم توريده من البضائع ونوعها متى توافرت الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يكون التاجر قد اعتاد أن يبيع إلى غير التاجر نسيئة (٢) أن تكون الدفاتر محررة وفقا لأحكام القانون (٣) أن يؤكد الدائن صحة دعواه بأداء يمين على ذلك . ويستخلص من هذه النصوص مع اختلافها فى التعبير أن حجية الدفاتر التجارية ليست بمجردها مطلقة بأى وجه من الوجوه ، ويراعى أن هذه الحجية لا تثبت إلا للدفاتر التى يتعين على التاجر إمساكها وفقاً لأحكام المواد ١١ و١٢ و١٣ من تقنين التجارة المصرى ، وهو دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات (الكوبيا) ودفتر الجرد . وقد قصد من إلزام التاجر بإمساك هذه الدفاتر ، واشتراط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين على أوراقها ، إلى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة ، والأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التى تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب إمساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار ، « إذ من الممتنع أن يصطنع الإنسان دليلا لنفسه » (المادة ١٠٨ من التقنين السويسرى) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٢) .

(١) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البيانات السورى م ١٤ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . إلا أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأى من الطرفين — م ١٥ : دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة : ١ — على صاحبها سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ٢– لصاحبها فى المعاملات =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادتين ١٣٢٩ و١٣٣٠[1] .

المطلب الأول

الدفاتر التجارية

١٣٧ — مسألتان : نبحث هنا : (أولا) ما هى الدفاتر التجارية وكيف تنظم (ثانياً) متى يجوز للقاضى الأمر بتقديمها ومتى يجوز له الأمر بالاطلاع عليها.

= المختصة بتجارته ، إذا كانت منتظمة وكان الخلاف بينه و بين تاجر — م ١٦ : إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضى أن يقرر إما تهاتر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بأحداهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية — م ١٧ : يجوز للقاضى فى الدعوى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التى تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإجبارية أو من الدفاتر الإجبارية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية — وهذه النصوص لا تختلف فى أحكامها عن أحكام القانون المصرى إلا فى بعض تفصيلات تظهر فى مواضعها ، على أن نصوص قانون البينات السورى أدق صياغة وأكثر تفصيلا من نص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥٨ : ١ — دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . ٢— أما قوة هذه الدفاتر فيما بين التجار فتتبع فيه أحكام قانون التجارة — وتطابق الفقرة الأولى من هذا النص النص المصرى . وينظر فى أحكام قانون التجارة العراقى فيما يتعلق بالفقرة الثانية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٧٠ : أن الدفاتر التجارية الإجبارية تصلح حجة : (أولا) على منظمها لمصلحة أى شخص سواء كانت منتظمة حسب الأصول أم لا ، ولكن الفريق الذى يدلى بها لا يحق له أن يستفيد منها إلا إذا قبل بجميع مندرجاتها . (ثانياً) بين التجار لمصلحة منظمها حسب الأصول فى المعاملات المختصة بتجارته — م ١٧١ : إذا تباينت القيود فى دفترى تاجرين كان كلاهما منظما حسب الأصول ، حق للقاضى أن يقرر ، حسب مقتضى الحال ، إما تهاتر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بواحدة دون الأخرى — م ١٧٢ : أن البينة التى تستمد فى الدعاوى القائمة بين التجار من دفاتر تجارية غير إجبارية أو من دفاتر تجارية إجبارية منظمة على خلاف الأصول يجوز للقاضى أن يقبلها أو أن يردها حسب مقتضى الحال . وظاهر أن قانون البينات السورى قد استمد نصوصه من نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، فالقانون السورى والقانون اللبنانى متطابقان فى هذه المسألة ، فيما عدا المادة ١٤ من قانون البينات السورى فقد استمدت من الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى المصرى ولا نظير لها فى التقنين اللبنانى .

التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية م ٣٨٤ : مطابقة للنص المصرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٢٩ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار فى =

١٣٨ — ما هى الدفاتر التجارية وكيف تنظم : لانطيل فى بحث هذه المسألة فهى من مسائل القـانون التجارى . وبحسبنا هنـا أن نذكر أن التقنين التجارى أوجب على التجار ، تنظيما لحساباتهم وتيسيراً عليهم فى الإثبـات ، أن يمسكوا دفاتر معينة كانت ، بحسب المواد ١١—١٣ من التقنين التجارى التى ألغاها القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ ، ما يأتى [١] :

(١) **دفتر اليومية** (livre-journal): كانت المادة ١١ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على كل تاجر أن يكون له دفتر يومية يشتمل على بيان ما له وما عليه من الديون يوماً فيوماً ، وعلى بيان أعمال تجارته ، وبيان ما اشـتراه أو باعه أو قبله أو أحاله من الأوراق التجارية ، وعلى بيان جميع ما قبضه وما دفعه . ويكون مشتملا أيضاً على المبالغ المنصرفة على منزله شهراً فشهراً إجمالا بغير بيان لمفرداتها » .

ونرى من ذلك أن دفتر اليومية هذا يدون فيه التاجر كل العمليات التى يجريها فى يومه ، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته وما هو غير متعلق بهـا ، حتى الهبات والصدقات والتبرعات ، وحتى المبـالغ المنصرفة على منزله وإن كان يذكرها إجمالا شهراً فشهراً . ولـكن أهم ما يدون فى دفتر اليومية هو ما يتعلق

= البيانات الواردة فيها بشأن التوريدات ، وذلك فيما عدا ما سينص عليه فى اليمين — م ١٣٣٠ : دفاتر التجار حجة عليهم ، ولـكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه .

وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

Art. 1329 : Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Art. 1330 : Les livres de marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

(١) رأينا أن نثبت نصوص المواد ١١ — ١٤ من التقنين التجارى بالرغم من أن القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ استبدل بها نصوصاً جديدة ، لأن الدفاتر التجارية التى نظمت فى ظل النصوص القديمة ستبقى إلى مدة طويلة تستخدم للإثبات ، وذلك لحداثة العهد بالتشريع الجديد . ومن ثم وجب استعراض النظام السابق فى إيجاز .

بأعمال التجارة ، فيدون التاجر ، يوماً فيوماً ، ما اشتراه أو باعه ، وما قبضه أو دفعه ، وما استجده من حقوق أو استحدثه من ديون ، وما قبله من الأوراق التجارية أو أحاله منها ، وكل بيان يتعلق بأى عمل تجارى آخر أجراه .

(٢) دفتر المراسلات (livre-copie des lettres) : وكانت المادة ١٢ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على التاجر أن يقيد فى دفتر مخصوص صور ما يرسله من الخطابات المتعلقة بالأشغال ، وأن يجمع ما يرد إليه منها فى كل شهر ويضعه فى ملف على حدته » .

والأمر هنا مقصور على المراسلات المتعلقة بأعمال التجارة ، دون المراسلات المتعلقة بالشؤون الخاصة . فيقيد التاجر فى دفتر المراسلات صور جميع المراسلات التى أصدرها متعلقة بعمله التجارى ، سواء كانت خطابات أو برقيات أو قوائم (factures) أو تذاكر نقل (lettres de voiture) أو تذاكر شحن (connais-sements) أو غير ذلك . ويحتفظ بما يتلقاه من مراسلات ، أى بالأصول ذاتها ، جامعاً ما يرد إليه منها كل شهر فى ملف على حدة (en liasse) . وهذه المراسلات — ما أصدره وما تلقاه — قد تكون مصدراً لإثبات كثير من العقود والأعمال التجارية .

(٣) دفتر الجرد (livre des inventaires) : وكانت المادة ١٣ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على كل تاجر أن يجرد كل سنة أمواله المنقولة والثابتة ، ويحصر ما له وما عليه من الديون ، ويقيد صورة قائمة الجرد المذكور فى دفتر يعد لذلك زيادة على الدفترين المذكورين فى المادتين السابقتين » .

فالجرد إذن هو حصر سنوى لأموال التاجر المنقولة والثابتة ، وكذلك حصر سنوى لما للتاجر وما عليه من الديون . وتقيد صورة من قائمة هذا الجرد فى دفتر الجرد (١) .

---

(١) هذه كانت هى الدفاتر التجارية الإلزامية طبقاً للتقنين التجارى . ويوجد إلى جانبها دفاتر اختيارية (facultatifs) أو إضافية (auxiliaires) درج كبار التجار على إمساكها . أهمها : (أ) دفتر الأستاذ (Grand Livre) ، وترحل إليه العمليات المدونة فى دفتر اليومية منظمة ، لا بحسب تاريخ وقوعها كما هى الحال فى دفتر اليومية ، ولكن بحسب أسماء العملاء أو نوع العمليات . فيكون لكل عميل ، أو لكل نوع من العمليات . حساب مستقل له رصيده . =

وكانت المادة ١٤ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو بياض أو كتابة فى الحواشى، عدا مايترك من البياض فى الدفتر الذى تقيد فيه صور الخطابات بطريق الطبع . ويلزم قبل بدء الكتابة فى اليومية ودفتر الجرد أن تنمر كل صحيفة منهما ، وتوضع على كل ورقة بدون مصاريف علامة المأمور الذى تعينه المحكمة الابتدائية لذلك ، وفى آخر كل سنة يضع هذا المأمور أيضاً فى الدفترين المذكورين وفى دفتر صور الخطابات التأشير اللازم بحضور التاجر الذى يقدمها ، بدون أن يجوز للمأمور المذكور بأى وسيلة كانت الاطلاع على مضمون الدفاتر المقدمة له ولا حجزها عنده » . وقد قصد بتنمير الصفحات منع التاجر من اعدام بعض هذه الصفحات ، ومن وضع علامة (paraphe) المأمور — ويكون غالباً رئيس قلم الكتاب بالمحكمة — عليها منع التاجر من تحشير صفحات جدد إلا إذا زور علامة المأمور فيعاقب على جريمة التزوير ، ومن وضع التأشير فى نهاية الدفتر منع التاجر من إضافة صفحات جديدة إلا إذا عرض نفسه هنا أيضاً لعقوبة التزوير . وتنص المادة ١٥ من التقنين التجارى على أن « الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة اتخاذها لاتكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للاجراءات السالف ذكرها » . فاذا استوفت الدفاتر التجارية هذه الإجراءات ، كانت منتظمة ، وكان لها من الحجية ما سنذكره فيما يلى . على أن الدفاتر غير المنتظمة ، وهى التى لم تستوف هذه الاجراءات كلها أو بعضها ، لايزال لها بعض الحجية كما سنرى .

هذا وقد ألغى المشرع المصرى ، بمقتضى القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ المنشور فى الوقائع المصرية (العدد ٦٤ مكرر الصادر فى ٦ أغسطس سنة ١٩٥٣) ، المواد ١١ـ١٤ من التقنين التجارى وهى المواد التى تقدم ذكرها ، واستبدل بها نصوصاً جديدة تنظم دفاتر التجار تنظيما أدق وأكثر مسايرة للنظم الحديثة فى إدارة الأعمال . وقد أصبح بموجب هذا القانون الجديد واجباً على التاجر أن يمسك من الدفاتر التجارية العدد الذى تستلزمه طبيعة تجارته وأهميتها ، بحيث

= (ب) دفتر المشتريات والمبيعات (livre de magasin) ، لقيد السلع التى تدخل المخازن والتى تخرج منها و (جـ) دفتر للخزانة (livre de caisse) ، لقيد المبالغ الداخلة والخارجة . (د) دفتر للأوراق التجارية (l'échéancier) ، لقيد مواعيد استحقاق هذه الأوراق .

لايقل عدد هذه الدفاتر عن اثنين : (١) دفتر اليومية الأصلى وتقيد فيه جميع العمليات المالية التى يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية . ويتم هذا القيد يوماً فيوماً . ويجوز استعمال دفاتر يومية مساعدة ، ويكتفى فى هذه الحالة بتقييد إجمالى للعمليات فى دفتر اليومية الأصلى فى فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . (٢) دفتر الجرد : وتقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة فى آخر السنة المالية ، أو بيان إجمالى عنها إذا كانت التفاصيل واردة بدفاتر وقوائم مستقلة . وعند ذلك تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متمما للدفتر المذكور . ويحتفظ التاجر بصور من المراسلات والبرقيات التى يصدرها وبأصول ما يرد إليه منها ، ويقوم هذا مقام دفتر المراسلات . وقد استبقى قانون سنة ١٩٥٣ تنمير الصفحات وتوقيع الموثق الواقع فى دائرة اختصاصه المحل التجارى (بدلا من رئيس قلم كتاب المحكمة) على كل ورقة(١) .

---

(١) وهذه هى أهم نصوص القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ :

م ١ : على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركز المالى بالدقة وبيان ماله وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته . ويجب أن يمسك على الأقل الدفترين الآتيين : (١) دفتر اليومية الأصلى (٢) دفتر الجرد . ويعفى من هذا الالتزام التجار الذين لا يزيد رأس مالهم على ثلثمائة جنيه .

م ٢ : تقيد فى دفتر اليومية الأصلى جميع العمليات المالية التى يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، ويتم هذا القيد يوماً بيوم وبالتفصيل . ويجوز للتاجر أن يستعمل دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل الأنواع المختلفة من العمليات المالية — ويكتفى فى هذه الحالة بتقييد إجمالى لهذه العمليات فى دفتر اليومية الأصلى فى فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . فإذا لم يتبع هذا الإجراء وجب إخضاع هذه الدفاتر للأحكام الواردة فى المادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون .

م ٣ : تقيد فى دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر فى آخر سنته المالية أو بيان إجمالى عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر قوائم مستقلة . وفى هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءاً متمما للدفتر المذكور . كما تقيد بالدفتر صورة من الميزانية العامة للتاجر فى كل سنة إذا لم تقيد فى أى دفتر آخر .

م ٤ : على التاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من جميع المراسلات والبرقيات التى يرسلها لأعمال تجارته وكذلك جميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التى تتصل بأعمال تجارته . ويكون الحفظ بطريقة منظمة تسهل معها مراجعة القيود الحسابية ، وتكفل عند اللزوم التحقق من الأرباح والخسائر .

م ٥ : يجب أن تكون الدفاتر المنصوص عليها فى هذا القانون خالية من أى فراغ أو كتابة فى الحواشى أو كشط أو تحشير فيما دون بها . ويتعين قبل استعمال دفترى اليومية والجرد أن تنمر كل صفحة من صفحاتهما وأن يوقع على كل ورقة فيهما الموثق الواقع فى دائرة اختصاصه المحل=

فالقانون التجارى إذن ألزم التجار اتخاذ دفاتر منتظمة يسجلون فيها ما لهم من الحقوق وما عليهم من الديون ، ويقيدون جميع ما يرتبط بأعمالهم التجارية . وقد جعل لعدم انتظام هذه الدفاتر جزائين : جزاء مدنياً هو سلب هذه الدفاتر من كثير من قوتها فى الإثبات ، وجزاء جنائياً إذا أفلس التاجر ودفاتره غير منتظمة(١) .

١٣٩ — **تقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها** : ولما كان من أهم أغراض دفاتر التجار هو أن تكون أدلة للإثبات ، فقد نص التقنين التجارى على وسيلتين لتحقيق هذا الغرض : أولاهما تقديم هذه الدفاتر (représentation) والأخرى الاطلاع عليها (communication)(٢) .

أما التقديم ، فقد نصت عليه المادة ١٨ من التقنين التجارى على الوجه الآتى : « يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة » . وهذه الوسيلة جائزة فى جميع المنازعات التجارية والمدنية ، سواء كان الخصم الآخر تاجراً أو غير تاجر ، لإطلاق النص .

= التجارى . ويجب على التاجر أن يقدم إلى الموثق هذين الدفترين فى خلال شهرين من آخر كل سنة مالية للتأشير عليهما بما يفيد انتهاءها وذلك بحضور التاجر ودون حجز هذين الدفترين لدى الموثق . فإذا انتهت صفحات هذين الدفترين تعين على التاجر أن يقدمهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك بعد آخر قيد . كما يتعين على التاجر وورثته فى حالة وقف نشاط المحل التجارى تقديم الدفترين المشار إليهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك . ويكون التوقيع والتأشير فى الحالات المتقدمة بغير رسوم .

م ٦ : يعد فى كل مكتب توثيق وفروعه سجل يدون فيه الموثق ما قام به بالنسبة إلى كل دفتر من دفاتر التاجر من الإجراءات المنصوص عليها فى المادة الخامسة ، ويثبت فيه كذلك إقراراً من صاحب الشأن بأن هذه الدفاتر هى أول دفاتر له أو أن دفاتره السابقة قد أقفلت .

م ٧ : على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر المنصوص عليها فى هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إقفالها . ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات والصور المشار إليها فى المادة الرابعة مدة عشر سنوات .

م ٨ : كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائتى جنيه .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٦ ص ٦٧٧ .

(٢) ويشمل ذلك الدفاتر الإلزامية والدفاتر الإختيارية .

وللمحكمة أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم . والغرض منها محدود : هو أن تطلع المحكمة — دون الخصوم — على دفاتر التاجر، لا فى جميع أجزائها ، بل فى الجزء الذى وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وقد تطلع المحكمة على هذا الجزء بنفسها ، أو بواسطة خبير تندبه لذلك وهو الغالب . ويقع اطلاع المحكمة أو الخبير على الدفتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته . ويجوز للمحكمة ، إذا كانت الدفاتر التى أمرت بتقديمها فى مكان بعيد ، أن تطلب من أقرب محكمة القيام بهذه المهمة (Commission rogatoire) فتقوم بها وتحرر تقريراً بذلك ترسله إلى المحكمة الأولى(١) .

وأما الاطلاع ، فقد نصت عليه المادة ١٦ من التقنين التجارى على الوجه الآتى : « لا يجوز للمحكمة ، فى غير المنازعات التجارية ، أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا فى مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفى حالة الإفلاس . وفى هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . والاطلاع أوسع مدى من التقديم ، وأشد خطراً . إذ هو يتم بتقديم الدفاتر إلى الخصم أو إلى قلم الكتاب لتقديمها إلى الخصم ، فيستطيع هذا أن يطلع على جميع محتوياتها بما قد تشتمل عليه من أسرار . ولكنه أضيق نطاقاً : فانه إذا جاز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم وهذه هى الحال فى التقديم ، فانها لا تأمر بذلك إلا فى المنازعات التجارية وفى بعض المنازعات المدنية . وينتقد فقهاء القانون التجارى إطلاق حرية المحكمة فى الأمر بالاطلاع فى جميع المنازعات التجارية ، لأن فى الاطلاع إفشاء لسر التاجر ، وكان الواجب فى نظرهم أن يلتزم المشرع المصرى نص المادة ١٤ من التقنين التجارى الفرنسى وهى لا تجيز الاطلاع إلا فى مواد التركات والذمم المشتركة الناشئة عن الزواج بمقتضى نظام اختلاط الأموال وقسمة الشركات والإفلاس(٢) . ولكن لا مناص من احترام النص الصريح ، وإجازة الأمر بالاطلاع : (أولا) فى جميع المنازعات التجارية . (ثانياً) فى بعض المنازعات

(١) انظر فى هذه المسألة : استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٦ .

(٢) انظر الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى الأسكندرية ١٩٤٩ ص ٩٠٠ — ص ٩٠١ .

المدنية ، وهذه هى : (١) مواد الأموال المشاعة . والنص الفرنسى لهذه العبارة هو : communauté أى نظام اختلاط الأموال ، وليس الشيوع (indivision). فاذا تزوج التاجر على مقتضى نظام اختلاط الأموال (régime de communauté) ، ودخل متجره فى الذمة المشتركة ، ثم انحلت رابطة الزوجية ووجبت تصفية هذه الذمة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع الخصم - الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته - على الدفاتر التجارية ليقرر نصيبه من الذمة المشتركة[1]. -(٢) مواد التركات . فاذا توفى التاجر وقام نزاع بين ورثته على تقسيم التركة ، جاز للمحكمة إلزام الورثة الذين يحوزون دفاتر مورثهم التجارية باطلاع بقية الورثة عليها ، حتى يستطيع كل منهم أن يقدر نصيبه من التركة . وهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لهم بحصة من التركة ، دون الموصى له بعين معينة أو الأجنبى. -(٣) قسمة الشركات . فاذا انحلت الشركة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة ليتبين مقدار نصيبه . وهذا الحق مقصور على الشركاء ، فلا يشمل دائنى الشركة . وقد نصت المادة ٥١٩ من التقنين المدنى الجديد ، بالنسبة إلى الشركات المدنية ، على أن «الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل» . ويسرى هذا النص على الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين فى شركات التوصية البسيطة والشركاء عموماً فى شركات المحاصة ، أما الشركاء المساهمون سواء فى شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم فلا يجوز لهم طلب الاطلاع على دفاتر الشركة لكثرة عددهم ولتفادى تعطيل أعمال الشركة أو ذيوع أسرارها ، ومع ذلك يجوز للمحكمة استثناء أن تأمر باطلاع الشريك المساهم على دفاتر الشركة متى كانت له مصلحة جدية فى هذا الاطلاع[2] . ونصت المادة ٦٩١ من التقنين المدنى الجديد على أنه « ١ . إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل

---

(١) ويرى بعض فقهاء القانون التجارى تعميم النص ليشمل جميع الأموال الشائعة (الأستاذ على الزينى فى القانون التجارى ١ فقرة ١٥٧ ص ١٧٧) .

(٢) الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى ١ ص ٩٠٣ .

جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ٢ — ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان، وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره » . ومن ذلك نرى أن حق اطلاع الشركاء على دفاتر الشركة ثابت لهم فى أحوال ثلاثة : إذا انحلت الشركة ، أو وهى قائمة للشركاء غير المديرين ، أو عند اشتراط أن يكون للعامل جزء من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو نحو ذلك . ٤ — حالة الإفلاس . فللسنديك الحق فى الاطلاع على دفاتر المفلس حتى يتمكن من تأدية مهمته . ولا يجوز للدائن ، بصفته الفردية ، أن يطلب هذا الاطلاع ، إلا إذا عين مراقباً — هذا ويمكن الآن إضافة حالة خامسة ، إذ يجوز لمصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر الممولين لتقدير الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية (قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩)[١] .

وإذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر أو بالاطلاع عليها ، وامتنع الخصم من تنفيذ أمر المحكمة ، فان المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات الجديد تجيز للمحكمة أن تستخلص من هذا الامتناع معنى الاعتراف بالدين . وكذلك يجوز للمحكمة أن تجبر الخصم على التنفيذ بطريق التهديد المالى (astreintes)[٢] .

المطلب الثانى

قوة الدفاتر التجارية فى الإثبات

١٤٠ — حجية الدفاتر التجارية : لدفاتر التجار حجية فى الإثبات حددها

---

(١) انظر فى كل هذا : استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١١ — ٢ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٥ — ٩ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ — ٣٠ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ — أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ . هذا والمحكمة غير ملزمة بإجابة الخصم إذا طلب الأمر بالاطلاع على دفاتر خصمه أو بتقديمها إذا رأت أن هناك من الأدلة ما يغنى عن هذه الدفاتر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ — قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٥ . وانظر حكم محكمة النقض الدائرة المدنية فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

(٢) الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى ١ ص ٨٩٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ .

القانون . وتتلخص هذه الحجية فى مسألتين : (١) دفتر التاجر حجة عليه (٢) وقد يكون حجة له .

١٤١ – دفتر التاجر حجة عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى تقضى بأن « تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه » .

فالقاعدة الجوهرية فى هذه المسألة إذن أن دفتر التاجر حجة عليه . ذلك أن هذا الدفتر هو بمثابة إقرار منه مكتوب . والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه أو باملائه ، أو فى القليل كتب الدفتر باشرافه وتحت رقابته ، فهو صادر منه على كل حال . ومن ثم يكون هذا الدفتر حجة عليه ، سواء كان خصمه تاجراً أو غير تاجر ، وسواء كان النزاع تجارياً أو مدنياً . مثل أن يكون خصمه تاجراً فى نزاع تجارى أن يرد فى دفتر يومية التاجر أو فى دفتر المراسلات بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان حجة على التاجر صاحب الدفتر لمصلحة تاجر الجملة ، وسنرى أن دفتر تاجر الجملة فى مثل هذا النزاع قد يضاهى هو أيضاً على دفتر التاجر الأول . ومثل أن يكون الخصم تاجراً فى نزاع مدنى أن يرد فى دفتر اليومية مثلا بيان عن صفقة عقدها التاجر مع تاجر مثله وقبل فيها شراء عقار بثمن معين ، فهذا البيان يكون حجة على التاجر المشترى لمصلحة التاجر البائع ، والنزاع هنا مدنى لأنه يتعلق بشراء عقار فى غير عمل تجارى . ومثل أن يكون الخصم غير تاجر أن يرد فى دفتر يومية التاجر مثلا بيان بتوريد سلعة بثمن معين إلى عميل له غير تاجر ، فهذا البيان حجة على التاجر ، وليس حجة على العميل إلا إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها فيما يلى .

على أننا إذ نقرر أن دفتر التاجر حجة عليه على النحو الذى قدمناه ينبغى ألا نغفل أن فى هذا خروجاً على القواعد العامة فى الإثبات من ناحيتين : (١) أن دفتر التاجر ورقة عرفية غير موقعة من التاجر ، بل يغلب ألا تكون مكتوبة بخطه ، وقد يقع فيه من الأخطاء ما لا قبل للتاجر بملافاته . (٢) أن هذا

الدفتر هو فى حوزة التاجر ، ويلزمه القانون كما رأينا أن يقدمه ليستخلص منه دليل ضده ، فهو إذن يجبر على أن يقدم دليلا على نفسه . من أجل هذا روعى فى هذا الدليل أمران :

(الأمر الأول) أنه جوازى للقاضى ، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه . والمادة ١٧ من التقنين التجارى ، وسيرد ذكرها ، صريحة فى معنى الجواز [١] . والقاضى يأخذ بهذا الدليل إذا وقع فى نفسه أنه ارتفع عن الشبهات ، كأن تكون الدفاتر منتظمة ، وأن يكون الدفتر الذى ورد فيه الدليل من الدفاتر الإلزامية التى تمكن مضاهاتها بنظائرها عند التاجر الآخر ، وأن يلمس القاضى العناية والدقة فى إمساك الدفتر ، بل قد يكون البيان مكتوباً بخط التاجر نفسه . على أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن الدفتر إذا كان اختيارياً [٢] ولم يكن مكتوباً بخط التاجر لا يستخلص القاضى منه دليلا ضده ، فان هذا جائز ، وتقدير الأمر مرده إلى القاضى نفسه ومبلغ اقتناعه بقوة الدليل . بل إن الدفاتر قد لا تكون منتظمة ، وبالرغم من أن المادة ١٥ من التقنين التجارى تقضى بأن الدفاتر لا تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للإجراءات [٣] ، فان القاضى قد يقتنع بالبيان الوارد فى الدفتر لأنه لا يشعر بأى افتعال بل يبعث على الاطمئنان ، فيأخذ بهذا الدليل [٤] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقرراً لخصم التاجر واجباً على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل إن الشأن فيه — بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجارى — أنه أمر جوازى للمحكمة ، إن شاءت أجابته إليه ، وإن شاءت اطرحته . وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضى خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبى الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه فى هذا بمخالفته للقانون (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٤ ص ٧٧٦) .

(٢) وقد سبق أن ذكرنا ما هى الدفاتر التجارية الاختيارية ، ومن أهمها دفتر الأستاذ ودفتر المشتريات والمبيعات ودفتر الخزانة ودفتر الأوراق التجارية .

(٣) انظر أيضا المادة ١٧ من التقنين التجارى .

(٤) نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ — وقد رأينا أن المادة ١٧ من قانون البينات السورى تنص على هذا الحكم صراحة فى الدعاوى القائمة بين التجار ، فتقول : « يجوز للقاضى فى الدعوى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التى تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإجبارية أو من الدفاتر التجارية الإجبارية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية » . انظر أيضاً المادة ١٧٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى وقد تقدم ذكرها .

وكل مايترتب على عدم انتظام الدفتر قانوناً هو أن القاضى يستطيع أن يجزىء الدليل . فاذا كان قد ورد فى دفتر غير منتظم أن التاجر استورد بضاعة معينة وقد دفع ثمنها ، فهذا البيان دليل ضده على أنه استورد البضاعة ، ولكن يجوز لمن ورد البضاعة أن يستبعد من هذا الدليل ما يتعلق بدفع الثمن ، فيكون بذلك قد أثبت من الدفتر نفسه أن البضاعة وردت ، وعلى التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أن الثمن قد دفع . أما لو كان الدفتر منتظما ، فقد قضت المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى بأنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منه دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيه ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . فى المثل المتقدم ، فى حالة انتظام الدفتر ، يجب على من ورد البضاعة أن يأخذ البيان الوارد فى الدفتر كاملا ، فيكون هذا البيان دليلا على توريد البضاعة وعلى دفع الثمن فى وقت واحد . فان أنكر مورد البضاعة أنه قبض الثمن ، فعليه هو — لا على التاجر صاحب الدفتر المنتظم — أن يثبت ذلك[١] .

(والأمر الثانى) أن القاضى إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر ، فان لصاحب الدفتر ، ولو كان دفتره منتظما ، أن يثبت عكس ما ورد فيه ، وذلك بجميع الطرق حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فان الوارد بالدفتر ليس دليلا كاملا لأنه ورقة عرفية غير موقعة كما قدمنا ، وإنما هو قرينة قابلة لإثبات العكس ، هذا إلى أنه إذا كان النزاع تجارياً فان جميع طرق الإثبات جائزة فيه[٢] .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٣ فقرة ٣ — ويجوز كذلك لمورد البضاعة أن يطرح البيان الوارد فى الدفتر بشقيه ، ويتولى إثبات نه ورد البضاعة بدليل من عنده . وحينئذ يكون على التاجر صاحب الدفتر إثبات أنه دفع الثمن .

هذا ويختلف قانون البينات السورى فى حكمه فى هذه المسألة . فقد رأينا أن المادة ١٥ من هذا القانون تقضى بأن دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة على صاحبها ، سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه (انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٧٠ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى) . ويفهم من ذلك أن حكم عدم جواز تجزئة البيان الوارد فى الدفتر يشمل الحالتين ، حالة انتظام الدفتر وحالة عدم انتظامه . أما فى التقنين المصرى ، فقد رأينا أن عدم جواز التجزئة لا يكون إلا فى حالة انتظام الدفتر .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٢ .

١٤٢ — قد يكون دفتر التاجر حجة له : الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه ، حتى لو كان تاجراً ، وحتى لو كانت دفاتره منتظمة . فكل ما ورد فى دفتر التاجر ، كقاعدة عامة ، لا يصلح أن يكون دليلا له لأنه صادر منه . بل هو لا يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه . وإنما يكون دليلا ضده هو على النحو الذى قدمناه . ومع ذلك فقد أباح القانون أن يكون دفتر التاجر حجة له استثناء فى حالتين اثنتين :

(الحالة الأولى) فى الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر[1] . وقد رأينا أن فى هذه الدعاوى يكون دفتر التاجر حجة عليه ، لا فيها فحسب بل وفى الدعاوى التجارية ما بين تاجر وغير تاجر وفى الدعاوى المدنية إطلاقاً . فاذا وقفنا من هذه الأنواع الثلاثة عند الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر ، وقررنا أن دفتر التاجر يكون حجة عليه ، وجب أن نستكمل الحكم فنقرر أن دفتر التاجر — فى الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر — كما يكون حجة عليه قد يكون حجة له . وتنص المادة ١٧ من التقنين التجارى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ويجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » . ففى المثل الذى قدمناه إذا ورد فى دفتر يومية التاجر أو فى دفتر المراسلات مثلا بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان كما قدمنا حجة على التاجر صاحب الدفتر لو كان هو الذى ينكر وقوع الصفقة أو لا يسلم بكمية البضاعة أو بمقدار الثمن . وقد يكون هذا البيان نفسه حجة له على تاجر الجملة لو أن هذا التاجر الأخير هو الذى ينكر شيئاً من ذلك . والأخذ بهذا الدليل على هذا النحو متروك لتقدير القاضى ، فان النص لا يوجب الأخذ به بل يقول : « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية » .

ومما ييسر على القاضى الأخذ بهذا الدليل حجة للتاجر أن الدعوى تجارية

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ — ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٠ — فإذا كان النزاع واقعاً بين تاجرين ولكنه متعلق بعمل مدنى ، كشراء التاجر أثاثاً لمنزله الخاص ، فلا يجوز اعتبار دفاتر أى من التاجرين حجة له (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٠ هامش رقم ٩ — الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى ١ ص ٩١١) .

ما بين تاجر وتاجر ، فعند تاجر الجملة هو أيضاً دفاتر تجارية ورد فيها البيان الوارد فى دفاتر التاجر الأول . فما على القاضى إلا أن يضاهى ما بين الدفاتر . فان تطابقت اطمأن إلى هذا التطابق فى الأخذ بالدليل . وإن لم تتطابق ، فان كانت دفاتر أحد التاجرين منتظمة رجح أن يأخذ القاضى بها . ومع ذلك قد يأخذ بالدفاتر غير المنتظمة فى هذا البيان بالذات ، ويرجحها على الدفاتر المنتظمة . وإن كانت دفاتر كل من التاجرين منتظمة أو غير منتظمة ، كان القاضى حراً فى أن يأخذ بدفاتر هذا أو بدفاتر ذاك ، وقد لا يأخذ بهذه ولا بتلك ، ويتلمس الدليل من طريق آخر(١) .

ويلاحظ فيما قدمناه أمران : (١) أن القاضى قد يأخذ بدفتر غير منتظم لتاجر حجة له ، مع أن المادة ١٧ من التقنين التجارى تشترط لجواز قبول الدفاتر للإثبات أن تكون منتظمة . وقد قدمنا أن هذا الشرط لم يراع عند ما أخذ القاضى بالدفتر غير المنتظم حجة على التاجر ، فلا يراعى هنا أيضاً عند أخذه بالدفتر غير المنتظم حجة للتاجر متى رأى أن البيان يبعث على الاطمئنان ولا يشعر بأى افتعال ، فان كل هذه البيانات ليست إلا قرائن بسيطة لا تقيد القاضى فى الأخذ بها . (٢) ولما كانت البيانات قرائن بسيطة ، فانه يجوز دائماً ، عند أخذ بيان فى دفتر تاجر حجة له ، أن يثبت خصمه عكس هذا البيان بجميع الطرق ، حتى بالبينة والقرائن لما قدمناه من الاعتبارات .

(الحالة الثانية) فى دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة فى دفتر التاجر عما ورده لغير التاجر . وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ تقول فى هذا الصدد ما يأتى : « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة » .

---

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦١ . هذا وقد أورد قانون البينات السورى نصاً فى هذه المسألة يقرر هذا الحكم فيما يتعلق بالدفاتر المنتظمة لكل من التاجرين فنصت المادة ١٦ من هذا القانون — كما رأينا — على ما يأتى : « إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضى أن يقرر إما تهاتر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بإحداهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية » (انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٧١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، وقد تقدم ذكرها) .

فالأصل إذن ألا يكون دفتر التاجر حجة له ، لا على التاجر ، ولا على غير التاجر من باب أولى[1] . على أنه كما جاز استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على التاجر فيما قدمناه ، يجوز كذلك استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر ولكن بشروط أشد ، إذ يجب توافر الشروط الآتية : (١) أن يكون محل الالتزام سلعة وردها التاجر لعميله غير التاجر ، كالخباز يورد الخبز « والبقال » يورد « خزين » المنزل[2] . (٢) أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر ، أى لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات . وهذا الشرط أضافته لجنة المراجعة ، فقد كان المشروع التمهيدى لا يشتمل عليه محتذياً فى ذلك التقنين الفرنسى (م ١٣٢٩) . وقانون البينات السورى (م ١٤) لا يشتمل هو أيضاً على هذا الشرط . (٣) أن يكمل الدليل باليمين المتممة يوجهها القاضى إلى التاجر الذى يحتج بدفتره ، فلا تجوز التكملة هنا بالبينة أو بالقرائن[3] .

فاذا توافرت هذه الشروط ، فانه يبقى بعد ذلك أمران : (١) أن الأخذ بهذا الدليل جوازى للقاضى ، فله أن يأخذ به أو لا يأخذ ، كما هى الحال فى سائر الأدلة التى تستخلص من دفاتر التجار . وهو لا يأخذ به غالباً إذا كان الدفتر غير منتظم . (٢) أن للقاضى أن يسمح لغير التاجر بنقض الدليل المستخلص ضده من دفتر التاجر ، ويكفى فى هذا النقض البينة أو القرائن . بل إن للقاضى أن يستنبط من القرائن فى نقض هذا الدليل ما يكتفى معه بتوجيه اليمين المتممة

---

(١) وهذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام ، فيستطيع غير التاجر أن يقبل صراحة أو ضمناً (بعدم الاعتراض) الاحتجاج عليه بدفاتر التاجر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٧٨) .

(٢) فلا يجوز أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر فى سداد قرض أو تنفيذ التزام غير توريد السلع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٠ ص ٩٣٦) . كذلك لا يحتج بدفاتر التاجر على مصلحة الضرائب ، وللمحكمة ألا تتخذ دفاتر الممول أساساً لتقدير الضريبة عليه إذا لم تطمئن إلى صحة البيانات الواردة فيها بناء على أسباب سائغة ذكرتها (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٨١ — ١٦ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٥٨ هامش رقم ٤ — هذا ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (ص ١٧٧ — ص ١٧٨) إلى أن القاضى ، وهو فى نصاب البينة ، يستطيع أن يتخذ دفتر التاجر دليلا كاملا باعتباره قرينة كافية لا تحتاج إلى يمين متممة . ونرى — أمام صراحة النص — أن القاضى إذا أخذ بدفتر التاجر لابد أن يوجه إليه اليمين المتممة ، وإلا اطرح الدفتر وأخذ بالبينة أو بقرائن أخرى .

إلى غير التاجر لا إلى التاجر ، لتفنيد الدليل لا لتأييده[1] .

ويلاحظ أن هذا الحكم وحده — دون سائر الأحكام التى قدمناها — هو الذى استحدثه التقنين المدنى الجديد ، نقلا عن التقنين المدنى الفرنسى[2] .

المبحث الثالث

الدفاتر والأوراق المنزليـــة

١٤٣ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٣٩٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين » :

« ا — إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً » .

« ب — إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٣ فقرة ٢ .

(٢) فقد كانت حجية دفاتر التجار فى ظل التقنين السابق على مقتضى الأحكام التى فصلناها ، إلا هذا الحكم : استئناف أهلى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٧٧ — محكمة استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٠ ص ٢١ — استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٤ — ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٤ — ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٨٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٥ — ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٨ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٤٢ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٥٩ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤١٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٦ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٢ — ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٧ .

ومن ثم تكون العبرة فى سريان هذا الحكم الجديد بتاريخ ورود البيان فى الدفتر . فإن كان تاريخه قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ولا يكون البيان حجة للتاجر ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان حجة للتاجر بالشروط التى بسطناها .

لسند لمن أثبتت حقاً لمصلحته[1] » . ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٨ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٥٩ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ١٦٩ ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨٥[2] . ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٣١[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه . ٢ — ولكنها تكون حجة عليه : (أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت الأوراق حقاً لمصلحته » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مجرد تقرير للقواعد العامة ، وعدل النص على الوجه الذى استقر فى التقنين الجديد تحت رقم المادة ٤١١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥—ص٣٨٧)

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٨ : « ١— لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه . ٢ — ولكنها تكون حجة عليه : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » . (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى السابق ذكره) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥٩ : يطابق نص التقنين المدنى المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٩ : « أن السجلات والأوراق العيلية تصلح حجة على منشئها وعلى خلفائه العموميين : ١— عندما تفيد حصول إيفاء ما ٢— عندما تثبت ديناً للغير » .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٥ : يطابق نص التقنين المدنى المصرى .

ويتبين من النصوص المتقدمة أنه لا يوجد خلاف فى هذه المسألة بين أحكام التقنين المدنى المصرى وأحكام التقنينات المدنية العربية الأخرى .

(٣) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٣١ : « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن كتبها . ولكنها تكون حجة عليه : (١) فى جميع الأحوال التى تذكر فيها صراحة استيفاء دين. (٢) إذا ذكرت صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » .

وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1331 : Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a *été faite* pour *suppléer* le *défaut du titre* en faveur de *celui* au profit duquel *ils* énoncent une obligation.

ويتبين من هذه النصوص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون بوجه عام حجة لصاحبها . ولكنها قد تكون حجة عليه . فعندنا مسائل ثلاث : (١) ما هى الدفاتر والأوراق المنزلية (٢) الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها (٣) الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها .

١٤٤ — ما هى الدفاتر والأوراق المنزلية : الدفاتر والأوراق المنزلية تشمل ما ألف الناس تدوينه فى مذكرات خاصة عن شؤونهم المالية والمنزلية : ما قبضوه أو دفعوه من مال ، وما أنفقوا على معيشتهم ، وما قاموا به من ضروب التعامل ، وما ارتبطوا به من التزامات ، وما لهم من حقوق عند غيرهم وما عليهم من ديون ، وما ينوون القيام به من أعمال ومشروعات .

وليس لهذه الدفاتر والأوراق المنزلية شكل خاص أو أغراض معينة أو أسماء معروفة كما رأينا ذلك فى دفاتر التجار . ولا يلتزم أحد بتدوين هذه الدفاتر والأوراق أو بحفظها كما يلتزم التجار بامساك الدفاتر التجارية على النحو الذى بيناه .

فتارة تكون الأوراق المنزلية دفاتر كاملة منظمة كدفاتر الحساب ، وهذه تبعث عادة على الاطمئنان عند تقدير قوتها فى الإثبات . وطوراً تكون فى صورة «أجندات» ويوميات . وأخرى تكون فى صورة مذكرات بعضها يكتب فى دفاتر وبعضها فى أوراق منثورة . وهذه الدفاتر والأوراق قد تكون موقعة من صاحبها ، والغالب ألا تكون موقعة . والأصل أن صاحبها يكتبها بخطه ، ولكن قد يعهد فى كتابتها إلى أمين سر خاص أو إلى كاتب فى خدمته . وقد تكتب بالمداد أو بالرصاص أو بالآلة الكاتبة . والبارز فى شأنها أنها دفاتر وأوراق خاصة كتبها صاحبها ، دون أن يتقيد بشكل معين ، محتفظاً بها للرجوع إليها عند الاقتضاء[1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن النص الذى نحن بصدده ما يأتى : « صاغ المشروع هذه المادة على مثال المادة ١٣٣١ من التقنين الفرنسى والمادة ١٣٣٠ من التقنين الإيطالى والمادة ٢٤٣٩ من التقنين البرتغالى والمادة ١٢٢٨ من التقنين الأسبانى والمادة ٤٣٨ من التقنين المراكشى والمادة ١٩١٨ من التقنين الهولندى والمادة ٢٨٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أى المحررات الخاصة المتعلقة بغير التجار ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥) .

١٤٥ — الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها : والأصل أن أحداً لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه . ومن ثم لا تكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها ، إذ هى صادرة منه . بل هى لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحته ، لأنها غير صادرة من خصمه . فاذا قدم الدائن دليلا على حقه دفتراً منزلياً أثبت فيه هذا الحق ، أو قدم المدين دليلا على براءة ذمته من الدين ورقة منزلية أثبت فيها أنه وفى به ، فلا يجوز أن يؤخذ هذا دليلا لا على وجود الحق ولا على براءة الذمة ، بل لا يجوز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا [١] . ويترتب على ذلك أن المدين إذا دفع بتقادم الدين ، فلا يجوز لدائنه أن يتمسك بانقطاع التقادم بحجة أنه أثبت فى أوراقه المنزلية أن المدين كان يقوم بدفع أقساط الدين أو بدفع فوائده مما يعد اعترافاً بالدين قاطعاً للتقادم [٢] .

على أنه قد يقع أن يكون ما دون فى الأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن ، كما لو كان طبيباً واعتاد أن يدون فى مذكراته الخاصة على نحو منظم ما يقوم به من زيارات للمرضى ، ولو فيما يجاوز نصاب البينة لقيام المانع الأدبى . ولا تعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهى على كل حال قابلة لإثبات العكس [٣] . ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحتكام

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يلزم آحاد الناس ، عرفاً أو قانوناً ، بتدوين حساباتهم فى دفاتر أو أوراق ، على نقيض ما تقدم بشأن التجار . وبديهى أن انتفاء هذا الإلزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقاً من طرق الإثبات . بل ولا يتيح الاستعانة بها بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح من حررها . ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٣ من المشروع (وقد رأينا أنها حذفت فى المشروع النهائى لأنها مجرد ترديد للقواعد العامة) على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من يدعى براءة الذمة فعليه إقامة دليلها . والإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلا لنفسه يحتج به على الغير . فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض (نقض مدنى ٢٠ يونية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٠ ص ٨٨٣) — انظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٩ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٨ ص ١٨٤ — محكمة مصر المختلطة ٢٣ نوفبر سنة ١٩١٤ جازيت ٥ رقم ١٤ ص ٢٩ — كذلك قد يجد القاضى =

برضاه إلى ما دون فى مذكرات خصمه وأوراقه المنزليـة ، فاذا كانت هذه المذكرات والأوراق قد دونت بقدر كاف من العناية والدقة جاز أن تكون دليلا لصاحبها[1] .

وليس فى كل ما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة لا حاجة فيه إلى نص . ولم يشتمل التقنين القديم ولا التقنين الجديد[2] على نص فى ذلك . فالأحكام فى هذه المسألة واحدة فى ظل التقنينين .

١٤٦ — الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها :

أما أن تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبهـا ، فهذا جائز من ناحيتين : ناحية تطبيق القواعد العامة وناحية وجود نص خاص يقضى بذلك .

ولـكن قد نتساءل — قبل الدخول فى هذه التفصيلات — كيف يتأتى أن يبرز الشخص دفاتر وأوراقاً منزلية تكون حجة عليـه ، وهو لا يجبر أن يقدم دليلا على نفسه ؟ يحدث ذلك ، بحكم القانون ، فى الحالات التى يجوز فيها للخصم إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده . ويتحقق هذا فى حالة ما إذا كانت الأوراق المنزليـة مشتركة بين الخصمين كما هو الأمر فى التركات والشركات ، وفى حالة ما إذا كان الخصم قد استند إليهـا فى أية مرحلة

= فى البيانات التى تحتويها الدفاتر والأوراق المنزلية سبيلا من سبل الاستئناس المتعددة التى لا تقيد القاضى فى شىء . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتداد القاضى بالدفاتر والأوراق التى تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن . وقد عرضت الفقرة الثالثة من المادة ١٩١٨ من التقنين الهولندى لهذا الوضع بالتحديد ، فقضت بأن للقاضى فيما عدا ذلك من الأحوال أن يحكم بما يقضى به القانون . ولم ير وجه لإيراد نص مماثل ، لأنه لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٦) .

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤١ — استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١ . ويجوز كذلك أن تكون حجة لصاحبها فى المسائل التجارية وفى كل ما يمكن إثباته بالقرائن القضائية إذا رأى فيها القاضى قرائن مقنعة (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٣٧ ص ٣٢٣ — ص ٣٢٤) .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه . وقد اشتمل التقنين الفرنسى (م ١٣٣١ الفقرة الأولى) على نص تقدم ذكره .

من مراحل الدعوى (م ٢٥٣ من تقنين المرافعات) . ويحدث ذلك أيضاً ، بحكم الواقع ، فى محضر حصر التركة ، إذ يدون فى المحضر عادة ما ورد من بيانات فى دفاتر المورث وأوراقه المنزلية عما له من حقوق وما عليه من ديون وعن بعض التفصيلات التى تتعلق بتركته . وفى غير ذلك لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها ، كما جاز فى دفاتر التجار على ما رأينا(١) .

فاذا تقدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء عن طريق من الطرق المتقدمة ، فان القواعد العامة تقضى بأن ما ورد فيها من البيانات قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إن كانت قد كتبت بخطه . وقد يعتبرها القضاء دليلا كاملا إذا كانت تحمل توقيع صاحبها وكانت لا تدع مجالا للتشكك فى صحتها . فالأمر متروك لتقدير القضاء ، إذ قد لا يطمئن القاضى إلى حجية ورقة منزلية لم تعد للإثبات وقد وقعها صاحبها على عجل أو عن خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذى ورد البيان فى شأنه (٢) . وفى كل هذا لا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم (٣) .

ولكن التقنين الجديد استحدث — فوق ما تقدم ذكره — نصاً يقضى بأن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه فى حالتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا (٢) و إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه

---

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣ والهامش رقم ١٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٣ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إجبار ديوان الأوقاف على تقديم دفاتره لكى يثبت المستأجر بمقتضاها أنه قد دفع الأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤) ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الدوائر الزراعية (٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٠) ، وبالنسبة إلى دفاتر ناظر الوقف فلا يجبر على تقديمهـا ليثبت المستأجر من الوقف أنه وفى بالأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية فى دائرتها الاستئنافية بأن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هى ملك لصاحبها ، فلا يجوز إجباره على تقديمها والحكم عليه بذلك . وتدخل فى عداد الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح حتى العمومية منها إذا كانت متعلقة بحسابها الخاص من مصرف وإيراد والتى تسجل فيها أعمالها الخصوصية بصفتها شخصاً أدبياً ، وكذلك ما يكون بينها وبين فروعها من المخابرات والرسائل (٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٥٩)

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٢ .

فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته[١] .

والجديد فى هذا النص أنه ليس من الضرورى أن تكون الأوراق فى هاتين الحالتين تحمل توقيع صاحبها ، وإلا جاز أن يكون ذلك دليلا كاملا بالتطبيق للقواعد العامة من غير حاجة إلى نص خاص . بل ليس من الضرورى أن تكون هذه الأوراق مكتوبة بخط صاحبها ، ويكفى أن تكون مكتوبة بخط أمين سره أو كاتب عنده أو مدير لأعماله ، بل قد تكون مكتوبة بخط المدين الذى كتب البيان لصالحه إذا كان قد فعل ذلك تحت بصر الدائن وبموافقته . وبالرغم من أن الأوراق غير موقعة ولا مكتوبة بخط صاحبها ، فهى تصلح مع ذلك أن تكون دليلا كاملا ضده باستيفاء الدين أو بالمديونية . وهذا هو وجه الاستثناء من القواعد العامة ، ومن ثم قامت الحاجة إلى نص خاص ينشىء هذا الحكم .

ولابد فى تطبيق هذا الاستثناء من أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه استوفى الدين إذا كان دائناً ، أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند فى يد الدائن وأن تقوم الأوراق مقام هذا السند غير الموجود إذا كان مديناً . ولا يكفى أن يفهم ذلك ضمناً من البيان الذى يكتبه ولو كان موقعاً منه[٢] . وإذا ذكر صراحة أنه استوفى الدين ، ثم محا ما كتبه أو شطبه بحيث أصبح غير مقروء ، فان حجية البيان تزول . أما إذا بقى البيان المشطوب مقروءاً ، فانه يستمر حافظاً لحجيته . وهذا بخلاف البيان الذى يذكر فيه صاحبه صراحة أنه يعترف بدين عليه وقد قصد أن تقوم الأوراق مقام السند ، فان محو هذا البيان أو شطبه يزيل حجيته ، سواء أصبح البيان غير مقروء أو بقى مقروءاً . والفرق بين الحالتين أن الاعتراف بالدين أمر ذو خطر ، فأى محو أو شطب يلحقه يكفى لإزالة حجيته حتى لو بقى مقروءاً بعد المحو أو الشطب[٣] . وإذا كان البيان

---

(١) انظر المادة ١٣٣١ من التقنين المدنى الفرنسى ، التى تقدم ذكرها ، ونص التقنين المصرى مأخوذ منها — ويلاحظ أن الدائن إذا كتب مخالصة ، ولكن استبقاها عنده ، فلا يكون لها دلالة الورقة المنزلية الخاصة التى يذكر فيها أنه استوفى الدين ، إذ استبقاؤه للمخالصة مع أنها أعدت لتسليمها للمدين قرينــة على أن الوفاء لم يتم (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٥٩ ص ١٨٥) .

(٢) والأعمــال التحضــيرية للتقنين الفرنسى صريحة فى هذا المعنى (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٤٠) .

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٠ — ص ٢٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤٢ .

المكتوب تتعارض أجزاؤه وينقض بعضها بعضاً ، كان على القاضي أن يفسره بما يزيل هذا التعارض(١) . ولا تجوز تجزئة البيان والأخذ بجزء منه دون جزء ، فاذا جاء في البيان أن الدائن قد استوفى الدين مقاصة فلا يجوز أن يتمسك المدين بأن الدين قد استوفى نقداً ، بل يجب أن يستبعد البيان بجملته ويتقدم لإثبات أنه وفى الدين نقداً(٢) .

على أن الحجية التي أضفاها القانون على البيان الوارد في الأوراق المنزلية ليست مطلقة . بل يجوز لصاحب هذه الأوراق أن يثبت أن البيان الوارد فيها غير صحيح ، وأنه إنما كتب خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه أو نحو ذلك . ويجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يقال هنا إنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فان البيان المكتوب ليس ورقة عرفية موقعة ولم يعد مقدماً للإثبات ، فيجوز إثبات عكسه بغير الكتابة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى(٣) .

المبحث الرابع

التأشير ببراءة ذمة المدين

١٤٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن

---

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ — هذا وسنرى في الإقرار أن هذا لو كان إقراراً لتجزأ .

(٣) انظر في هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٢ — ص ٩٤٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٣٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٥٩ ص ١٨٧ — وانظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٥ هامش رقم ٣ . وانظر في حجية الأوراق المنثورة واختلاف الفقه الفرنسي في تقديرها بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٤٦ .

هذا وبعد أن بينا الاستثناء الذي استحدثه التقنين الجديد ، بقي أن نذكر أن ليس له من أثر =

إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته » .

« ٢ — وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع مايستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٠/٢٩٥(٢) .

=رجعى . فهو لايسرى على البيان الذى يدون فى ورقة منزلية فى تاريخ سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فلو أن دائناً كتب فى مذكراته الخاصة ، قبل هذا التاريخ ، أنه استوفى دينه ، لم يكن هذا البيان دليلا كاملا ضده ، بل هو لايعتبر إلا مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كتب بخطه . أما إذا كتب الدائن البيان فى تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان دليلا كاملا ضده على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كتب الدائن فى ذيل سند أو على هامشه أو فى ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه إلى أن يثبت العكس ، ولو لم تكن الكتابة ممضاة منه ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ — وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة على الوجه المبين بالفقرة السابقة ، فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلا يستفاد منه عدم ضرورة صدور الكتابة من يد الدائن نفسه ، وبهذا تكون العبرة بمجرد التأشير ، ويعتبر بقاء السند فى حيازة الدائن قرينة على أنه هو الذى كتب التأشير أو الذى أمر بكتابته فهو على كلا التقديرين صادر منه . وأثيرت مسألة شطب التأشير سواء كان الدائن قد وقعه أو لم يوقعه ، وقد رؤى ترك الحكم للقواعد العامة. ثم عدلت الفقرة الثانية تعديلا يجعل المعنى أوضح . وأصبح النص النهائى للمادة هو النص الذى استقر فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤١٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٩ ، ثم وافق مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٧ — ٣٨٨ وص ٣٩٠ — ٣٩١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «ليس فى هذه المادة من جديد إذا قورنت بما يقابلها فى التقنينات الأجنبية . فلأحكامها نظير فى المادة ١٣٣٢ من التقنين الفرنسى والمادة ١٣٣١ من التقنين الإيطالى والمادة ٢٤٣٨ من التقنين البرتغالى والمادة ١٩٢٠ من التقنين الهولندى والمادة ١٢٢٨ من التقنين الكندى . وقد نصت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المصرى والمادة ٤٣٩ من التقنين المراكشى على هذه الأحكام ذاتها ، مع تحفظ قوامه إباحة إقامة الدليل العكسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٢) كانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : «التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك» .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٦٠ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ١٦٧ ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨٦ [١] — ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٣٢ [١] .

---

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٩ : ١ — التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير مؤرخا أو موقعا منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ — وكذلك يكون الحكم إذا كتب الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى الوصل وكانت النسخة أو الوصل فى يد المدين . (وهذا النص يتفق مع نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٦٠ : الفقرة الأولى من هذه المادة مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى المصرى . وكذلك الفقرة الثانية فى كل من التقنينين مطابقة للأخرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يغفل ذكر لفظ (المخالصة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٧ : إن ما يكتبه الدائن من العبارات التى تفيد براءة الذمة على سند دين بقى فى حوزته ، أو على نسخة من هذا السند أو على سند إيصال فى حوزة المديون ، يثبت الإيفاء ، ما لم يقم البرهان على العكس . وليس من الضرورى أن تكون تلك العبارات مؤرخة أو ممضاة (وهذا النص يتفق مع نص التقنين الفرنسى ويكاد يتفق مع نص التقنين المصرى) .

(ملاحظة : أما المادة ١٦٨ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى فتقابلها المادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى ، ولها مكان آخر) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٦ : مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٣٢ : «إذا كتب الدائن فى ذيل سند أو على هامشه أو فى ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه ، ولو كانت غير موقعة منه ولا مؤرخة ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة فى ظهر نسخة أصلية أخرى من السند أو فى مخالصة أو على هامشها أو فى ذيلها ، ما دامت هذه النسخة فى يد المدين» .

وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى :

Art. 1332 : L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier, au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

١٤٨ — ماله : ويستخلص من نص التقنين الجديد ــ وقد احتذى فيه نص التقنين المدنى الفرنسى ــ أن التأشير على سند بما يفسر براءة ذمة المدين، دون توقيع من الدائن ، يكون قرينة على الوفاء . وهى بعد قرينة قابلة لإثبات العكس . والذى يقف بالدائن عادة عن التوقيع هو أن يكون الوفاء جزئياً . فيدفع المدين الفوائد أو قسطاً من الدين ، ومن ثم يكتفى الدائن بالتأشير بذلك إما فى سند الدين الذى بيده ، وإما فى نسخة أصلية أخرى للسند فى يد المدين ، وإما فى مخالصة يحتفظ بها المدين ليؤشر فيها الدائن تباعاً بما يقوم به المدين من دفعات متوالية[١] . ولا يوقع الدائن هذا التأشير ببراءة ذمة المدين[٢] انتظاراً

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئى أو الكلى على سند الدين ويستبقيه فى حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند أو على مخالصة تكون فى يد المدين (الفقرة الثانية) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٢) ونطاق البحث هنا مقصور على تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين . أما التأشير بأى أمر آخر ، من الدائن أو من المدين ، فخارج عن نطاق هذا البحث . غير أن الفقه الفرنسى يبحث عامة ــ مقتفياً فى ذلك أثر فقهاء القانون الفرنسى القديم مثل بواسو (Boiceau) وبوتييه (Pothier) — حالة تأشير المدين بالزيادة فى التزامه أو باستحداث دين جديد فى ذمته . ثم يبحث حالة تأشير الدائن باستحداث دين فى ذمته هو . والمفروض طبعاً أن كل هذه التأشيرات مكتوبة فى سند الدين، وأنها غير موقعة وإلا كانت دليلا كاملا لا محل لافراده بالذكر .

أما حالة تأشير المدين بالزيادة فى التزامه أو باستحداث دين جديد فى ذمته ، فقد ميز فى صددها بواسو ، ومن بعده بوتييه ، بين فرضين : (أولا) إذا كان الالتزام الجديد ليس إلا ملحقاً بالالتزام الأصلى الثابت فى السند ، كأن كان إقراراً بفوائد للالتزام الأصلى أو تعهداً بدفع الالتزام الأصلى فى ميعاد معين أو على أقساط محددة أو قبولا لشرط فاسخ أو لشرط جزائى أو اعترافاً بإضافة إلى الالتزام الأصلى جدت بعد نشوء هذا الالتزام أو نحو ذلك ، فعندئذ يكون تأشير المدين حجة عليه ، وينسحب التوقيع الذى يحمله الالتزام الأصلى على هذا الالتزام الملحق . (ثانياً) إذا كان الالتزام الجديد مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الأصلى ولا علاقة له به ، فعندئذ يكون تأشير المدين بهذا الالتزام الجديد ليس بحجة عليه لأنه غير موقع منه ، ويحتمل أن يكون مشروعاً لم يتم،ويصح على كل حال أن يكون مبــدأ ثبوت بالكتابة مادام مكتوباً بخط المدين . وغنى عن البيان أن التأشير ، فى الفرضين المتقدمين ، إذا كان مكتوباً بخط الدائن لا بخط المدين ،لايكون حجة على المدين إطلاقاً .

وأما حالة تأشير الدائن باستحداث دين فى ذمته هو فلا تقاس على حالة تأشيره ببراءة ذمة المدين ، لأن الحالة الأخيرة ورد فى شأنها نص خاص استثنائى فلا يجوز القياس عليها . ومن =

الوفاء ببقية الدين ، فاذا تم الوفاء بالدين كله أعطى المدين مخالصة نهائية ، أو سلمه سند الدين[1] . على أن هذا لا يمنع من أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين من الدين كله .

وقد رأينا أن نص التقنين الجديد يميز بين حالتين : (١) التأشير على سند فى يد الدائن (٢) التأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين . فنبحث كلا منهما .

= ثم لا يكون التأشير فى الحالة الأولى إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دام مكتوباً بخط الدائن ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

وفى مصر تطبق القواعد العامة فى هذه الحالات وغيرها مما لم يرد فيه نص خاص . ولا يجوز القياس على الحكم المنصوص عليه فى المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى ، لأن هذه المادة نص استثنائى لا يجوز تطبيقه فى غير الحالتين اللتين ورد فيهما . ومن ثم لا يكون التأشير غير الموقع حجة على من صدر منه هذا التأشير ، ويصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان بخطه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ثم إن هـــذه الحجية لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إلى إثبات براءة ذمة المدين ، أما ما عدا ذلك ممـــا يؤشر به على سند الدين فلا تكون له حجية فى الإثبات إلا فى حدود القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) .

(انظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٤ فقرة٢٤٥٧ — فقرة ٢٤٥٨ — بونييه فقرة ٧٥٤ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٠ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٢ — لوران ١٩ فقرة ٣٦٢ — الموجزللمؤلف فقرة ٦٤٥ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات فقرة ٢٧٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠٢ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٦٦) .

هذا وإذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين ، ولـكنه أضاف إلى ذلك أن المدين شغل ذمته بدين آخر له ، كان التأشير حجة عليه بالنسبة إلى براءة ذمة المدين ، ولا يكون حجة له بالنسبة إلى شغل ذمة المدين بدين آخر ، بل يجب على الدائن بالرغم من هذا التأشير أن يحمل عبء إثبات هذا الدين الجديد . وإلى هـــذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « ويراعى أن التأشير تقتصر حجيته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلا لصالحه على وجه الإطلاق ، إذ من الممتنع أن يصطنع دليلا لنفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ — ص ٣٩٠) .

(١) وقد جعل التقنين المدنى السابق فعلا من تسليم سند الدين إلى المدين قرينة على الوفاء تقبل إثبات العكس (انظر المادتين ٢١٩ — ٢٢٠/٢٨٤ — ٢٨٥ من هذا التقنين) . ولما كان تسليم سند الدين إلى المدين عملا مادياً لا يشتمل على ورقة مكتوبة ، فقد أغفلنا الـكلام فى هذه القرينة هنا ونحن فى صدد بحث الأوراق المكتوبة ، وسنبحثها فى موضعها عند الـكلام فى القرائن .

المطلب الأول

التأشير على سند فى يد الدائن

١٤٩ — شرطاه : يشترط ، حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند فى يد الدائن ، شرطان : (١) أن يكون هناك تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين . (٢) أن يبقى السند دائماً فى حيازة الدائن .

١٥٠ — الشرط الاول — تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين : يجب أن يكون التأشير مكتوباً فى سند الدين ذاته . فاذا كتب فى ورقة أخرى غير هذا السند ، فى صورة للسند أو فى ورقة مستقلة عنه ، لم تقم قرينة الوفاء . ذلك أن أصل السند هو الذى يحتج به الدائن ، ويطالب المدين بمقتضاه . فالتأشير ببراءة ذمة المدين فى هذا الأصل بالذات يمنع الدائن أن يبرز السند لمطالبة المدين به دون أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين ثابتاً فى نفس السند الذى يطالب به . أما إذا كتب التأشير فى صورة للسند أو فى ورقة مستقلة عنه ، فانه يسهل على الدائن إخفاء هذه أو تلك ، ثم يطالب المدين بمقتضى السند الأصلى وهو لا يحمل أى تأشير . ولهذا يحرص المدين على أن يكون التأشير فى سند الدين ذاته . ومن هنا تقوم قرينة الوفاء .

ويكتب التأشير فى أى مكان من السند ، فى ذيله أو على هامشه أو فى ظهره أو فى أى مكان آخر [١] .

---

(١) وكان المشروع التمهيدى — كما رأينا — ينص على أن التأشير يكون فى الذيل أو على الهامش أو فى الظهر ، فحذفت هذه العبارة فى المشروع النهائى ، وأصبح النص مطلقاً لا يتقيد بمكان دون آخر . هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أى شرط شكلى فى مثل هـذا التأشير ، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن . وهو لا يشترط إيراده فى مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة ، فقد يرد فى ذيل الورقة أو على هامشها أو فى ظهرها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

ويكون مضمون هذا التأشير هو براءة ذمة المدين . وأية عبارة تفيد هذا المعنى تكفى ، فلا يشترط لفظ معين . فالتأشير بأن ذمة المدين قد برئت من الدين ، أو أبرئت ، أو أن الدين قد انقضى ، أو أن المدين قد قام بالوفاء ، أو أنه قد تخالص ، أو أنه قام بوفاء مبلغ كذا ، أو بوفاء قسط معين ، أو نحو ذلك من العبارات التى تفيد براءة ذمة المدين براءة كلية أو جزئية ، كل هذا يصلح أن يكون تأشيراً بالمعنى المقصود .

ولا يكون التأشير موقعاً من الدائن كما قدمنا ، وإلا لصلح أن يكون دليلا كاملا دون حاجة إلى نص . وكونه غير موقع من الدائن هو الذى يكشف عن وجه الاستثناء فى هذه المسألة ، إذ يكون القانون قد جعل من ورقة صادرة من شخص معين دليلا كاملا على هذا الشخص مع أن الورقة غير موقعة منه .

بل ليس ضرورياً أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى السابق (م ٢٣٠/٢٩٥) [1] . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢ فقرة أولى) فقد اشترط أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن [2] . ولم ير التقنين المدنى المصرى الجديد — أسوة بالتقنين المدنى المصرى القديم — أن يضع هذا

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٤ .

(٢) وهذا هو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى . وهناك من الفقهاء فى فرنسا من يكتفى بأحد الشرطين ، كتابة التأشير بخط الدائن أو حيازة الدائن للسند ، فإذا كان الدائن حائزاً للسند ولم يكن التأشير بخطه ، أو كان التأشير بخطه ولم يكن حائزاً للسند ، فإن هذا يكفى لقيام قرينة الوفاء ، وهذا ما كان بوتييه (الالتزامات فقرة ٧٦١) يقول به (توليبه ٨ فقرة ٣٥٣ — ديرانتون ١٣ فقرة ٢١٣) . وينعى هذا الفريق من الفقهاء على نص التقنين المدنى الفرنسى عدم الدقة وأنه إنما أراد أن ينقل رأى بوتييه فأخطأه التوفيق . بل هناك من يرى أحد الشرطين ضرورياً دون الآخر : إما أن حيازة الدائن للسند دون كتابة التأشير بخط الدائن هو الضرورى (دلفنكور ٢ ص ٦١٧ — ص ٦١٨ وهو فى هذا يتفق مع التقنين المصرى) ، وإما أن الضرورى هو كتابة التأشير بخط الدائن دون حيازة الدائن للسند (ماركاديه م ١٣٣٢ فقرة ١ — فقرة ٣) . والصحيح فى الفقه الفرنسى أن كلا من حيازة الدائن للسند وكتابة التأشير بخط الدائن ضرورى لقيام قرينة الوفاء ، كما هو صريح نص التقنين الفرنسى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٤ هامش رقم ١٨ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٤٥ — فقرة ٦٤٧ — لوران ١٩ فقرة ٣٥٨ — فقرة ٣٥٩ — هيك ٨ فقرة ٢٥٣ — بونييه فقرة ٧٤٩ — فقرة ٧٥٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٤ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤١ ص ٣٢٧ هامش رقم ١) . =

الشرط ، وذلك لعدم انتشار الكتابة انتشاراً كافياً . ومن ثم يصح أن يكون التأشير مكتوباً بخط أجنبي ، بل بخط المدين نفسه ، ما دام السند فى حيازة الدائن كما سيأتى . ولكن إذا لم يكن من الضرورى أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن ، فانه يجب على الأقل أن يكون مكتوباً باملائه أو بموافقة منه حتى يكون صادراً عنه ويكون هناك محل لقيام القرينة على الوفاء . ويفرض دائماً أن التأشير قد كتب برضاء الدائن ، حتى يثبت هو أنه كتب بغير رضائه .

وسواء كتب التأشير بخط الدائن أو كتب بخط غيره ، فقد يحدث أن هذا التأشير يمحى أو يشطب (١) . فهل تزول قوة التأشير فى الإثبات بهذا المحو أو الشطب ، أو هى تبقى بالرغم من ذلك ؟ انقسم الفقه الفرنسى فى هذه المسألة (٢) . وقد

= وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (م ٥٣٤) كان قد جارى التقنين المدنى الفرنسى فاشترط كتابة الدائن للتأشير بخطه وحيازته للسند فى وقت معاً ، ولكن لجنة المراجعة حذفت شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه فى المشروع النهائى واستبقت شرط حيازة الدائن للسند ، مراعية فى ذلك أن شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه انما تتعين مراعاته إذا كان السند فى حيازة المدين ، أما إذا كان السند فى حيازة الدائن فتغنى هذه الحيازه عن هذا الشرط ، لا سيما فى بلد لا تزال الأمية فيه هى الغالبة . على أن هناك من الفقهاء فى مصر من يرى ، من ناحية السياسة التشريعية ، أنه كان يجدر بالمشرع المصرى ، بعد أن استكثر الجمع بين الشرطين ، أن يكتفى بأيهما ، إذ أن التأشير بخط الدائن أهم من حيازة الدائن للسند (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقره ٣٠٣) — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٩٠ هامش رقم ١) .

(١) وعبء إثبات المحو أو الشطب ، وبخاصة المحو ، يكون على المدين لأنه هو الذى يدعى المحو أو الشطب لمنعه من الانتفاع بقرينة الوفاء .

(٢) ويذهب بوتييه (فقرة ٧٦١) إلى أن المحو أو الشطب لا يزيل قوة التأشير فى الإثبات ، وإلا لكان من السهل على الدائن والسند فى حيازته أن يمحو التأشير أو يشطبه . وتبع بوتييه فريق من الفقهاء (ديرانتون ١٣ فقرة ٢٢١ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ١٠ — لوران ١٩ فقرة ٣٦١) . ويذهب فريق آخر إلى أنه لما كانت العادة أن الدائن يكتب التأشير ببراءة ذمة المدين على السند قبل استيفاء الدين ، فشطب هذا التأشير بعد كتابته يجدر أن يفترض فيه أن الدائن بعد أن كتب التأشير لم يستوف الدين من المدين فمحا التأشير تبعاً لذلك ، وعلى المدين إذا ادعى العكس أن يثبته . وهذا بخلاف التأشير بالوفاء فى ورقة منزلية ، فإن العادة ألا يحصل هذا التأشير إلا بعد تمام الوفاء ، فيفترض وقوع الوفاء بالرغم من محو التأشير أو شطبه (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٦ هامش رقم ٢١ — تولييه ٨ فقرة ٣٥٦ — بوتييه فقرة ٧٥٢ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥) .

أثيرت المسألة فى لجنة المراجعة فرؤى تركها للقواعد العامة . ويبدو أن التأشير الممحو أو المشطوب يجب أن يبقى حافظاً لقوته فى الإثبات ، فتقوم قرينة الوفاء بالرغم من المحو أو الشطب . والدائن هو الذى يثبت أن القرينة فى الحقيقة غير قائمة [١] ، بأن يثبت أن المحو أو الشطب كان بسبب مشروع ، كأن يكون قد كتب التأشير مقدماً متوقعاً الوفاء فلم يتم ، فمحا التأشير تبعاً لذلك . ولو قلنا بالرأى الآخر ، وبأن التأشير تزول قوته بالمحو أو الشطب ، لسهل على الدائن بعد التأشير ببراءة ذمة المدين فى سند بيده وفى حيازته أن يمحو هذا التأشير أو يشطبه [٢] .

١٥١ — الشرط الثانى — بقاء السند دائماً فى حيازة الدائن :
ويجب حتى تقوم قرينة الوفاء أن يكون سند الدين الذى يحمل التأشير باقياً فى يد الدائن ، لم يخرج قط من حيازته . فاذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة ، منع ذلك من قيام قرينة الوفاء ، إذ يحتمل أن التأشير — وقد رأينا أنه لا يشترط فيه أن يكون بخط الدائن — قد كتب بخط أجنبي أو بخط المدين نفسه فى هذه اللحظة بالذات التى خرج فيها السند من حيازة الدائن . فاذا ما استرد الدائن حيازة السند ، لم تبق له حيلة فى التأشير إلا المحو أو الشطب ، وقد رأينا أنهما لا يزيلان قرينة الوفاء [٣] .

---

(١) هو هنا لايدحض القرينة بالدليل العكسى بعد قيامها ، بل هو يثبت أن القرينة لم تقم أصلا لعدم توافر شرط من شروط قيامها .

(٢) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ — ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة إلى أنه «ليس من الصواب القطع بدلالة الشطب فى هذه الحالة ، فما دام أن المسألة يسيطر عليها اعتباران متعارضان ، لكل منهما ما يبرره ، فيجب أن يترك الأمر لتقدير القاضى» (الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩٢) .

(٣) ولايعتبر السند قد خرج من حيازة الدائن إذا هو انتقل إلى وكيل له أو إلى مودع عنده أو إلى مدير لأعماله أو إلى دائن مرتهن أو إلى شخص عهد إليه فى تحصيل قيمته أو فى تقديمه إلى القضاء . أما إذا انتقل إلى المدين نفسه لسبب أو لآخر ، كأن سلم إليه ليكتب التأشير بنفسه قبل الوفاء فكتبه ولم يقم بالوفاء ، فإن حيازة السند فى هذه الحالة تكون قد انقطعت ، ولكن الدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات ذلك كما سنرى (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٠ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ ص ٢١٩ — ص ٢٢١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩١) .

وقد كان التقنين المدنى السابق لا يشترط هذا الشرط ، وهو فى الوقت ذاته لا يشترط — كما رأينا — أن يكون التأشير بخط الدائن . فقد كانت المادة ٢٣٠/ ٢٩٥ من هذا التقنين ، وقد سبق ذكرها ، تجرى على الوجه الآتى :

« التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك[1] » . ومن ثم كان الخطر كبيراً فى ظل هذا التقنين السابق من قيام قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فكان لا يبقى أمام الدائن إلا دحض القرينة بالدليل العكسى بعد قيامها . والظاهر أنه كان يكفيه فى ذلك أن يثبت أن السند قد خرج من حيازته فترة من الزمن ، حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن التأشير لم يكتب فى اللحظة التى خرج منها سند الدين من حيازة الدائن[2] . ولما كان التقنين الجديد قد استحدث شرط بقاء السند فى حيازة الدائن ، فالعبرة بتاريخ خروج السند

---

(١) ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد هو وسط ما بين التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الفرنسى . فالتقنين المدنى السابق كان لا يشترط لا حيازة السند ولا خط الدائن . والتقنين المدنى الفرنسى يشترط الاثنين معاً . والتقنين المدنى الجديد يشترط حيازة السند دون خط الدائن .

(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : «وهذان الشرطان (أى التأشير بخط الدائن وبقاء السند فى حيازته) غير ضروريين فى مصر . وقد يتوافر أحدهما دون الآخر ، فيكون التأشير بخط الدائن ولكن السند خرج من حيازته ، فما دام التأشير صادراً من الدائن فهو حجة عليه . وقد يكون التأشير بغير خط الدائن ولكن السند لم يخرج من حيازته ، وهنا أيضاً ما دام التأشير صادرا من الدائن ولو لم يكن بخطه ،فهو حجة عليه لأن السند لم يخرج من حيازته ، ففروض أن التأشير الصادر منه تم بموافقته . وقد لا يتوافر أى شرط من الشرطين المتقدمين ، فيكون التأشير بغير خط الدائن ويكون السند قد خرج من حيازته ، ولكن ما دام التأشير صادراً منه ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه حتى فى هذا الفرض.وله أن يدحض القرينة بإثبات العكس ، كما يملك هذا فى الفروض الأخرى المتقدمة ، وإن كان دحض القرينة فى الفرض الأخير أسهل » . ثم جاء فى حاشية عن قرينة براءة ذمة المدين فى الفرض الأخير ما يأتى : «وقرينة براءة المدين فى هذا الفرض قائم على الوجه الآتى : المفروض أن الدائن يحتفظ بسند الدين فى حيازته ، فما دام قد تركه يخرج من حيازته وسمح للغير أن يؤشر عليه بما يفيد براءة المدين ، فالمفهوم أن هذا كله قد تم بموافقته . وإذا قيل يحتمل أن التأشير قد تم بغير علمه من شخص أراد أن يفقد السند قيمته ، أمكن الرد على ذلك بأنه كان من الأيسر على هذا الشخص أن يمزق السند أو أن يخفيه . وإذا قيل يحتمل أن يكون السند قد خرج من حيازة الدائن دون رضاه ، فالرد أن مثل هذا الاحتمال هو الذى جعل القرينة قابلة لإثبات العكس» (الموجز فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ وهامش رقم ١) .

من حيازة الدائن لمعرفة القانون الذى يسرى . فان كان السند قد خرج من حيازة الدائن قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين القديم هو الذى يسرى ، ولا يمنع خروج السند من حيازة الدائن أن تقوم قرينة الوفاء وفقاً لهذا التقنين . وإن كان السند قد خرج من حيازة الدائن فى تاريخ غير سابق على ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذى يسرى ، وتسقط قرينة الوفاء .

وفى جميع الأحوال التى يسرى فيها التقنين الجديد ، يفترض دائماً أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . فاذا ادعى هذا أنه خرج من حيازته فى أية لحظة ، فعليه عبء إثبات ذلك . وعلى هذا الوجه يتيسر إثبات واقعة مطلقة كالواقعة التى نحن بصددها[1] . وإذا تمكن الدائن من إثبات أن السند خرج من حيازته فانه يكون بذلك قد أثبت عدم قيام قرينة الوفاء ، ولم يقتصر على دحضها بالدليل العكسى بعد قيامها[2] .

١٥٢ — حجية التأشير على السند إذا توافر شرطاه : وردت الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى نصاً خاصاً يقرر حجية هذا التأشير . ولكن قبل أن نعرض لهذا النص الخاص ، نبادر إلى القول إن التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين قد تكون له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة فى الإثبات بقطع النظر عن هذا النص الخاص . فهو إذا كان مكتوباً بخط الدائن ، أمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضده ، ولو لم يتوافر فيه الشرطان اللذان تقدم ذكرهما . مثل ذلك أن يكتب الدائن بخطه التأشير ببراءة ذمة المدين فى ورقة مستقلة عن سند الدين أو فى صورة لهذا السند ، أو أن يكتب هذا التأشير بخطه فى سند الدين ذاته ولكن يخرج هذا السند من حيازته . فى هذه الأحوال لا يكون التأشير دليلا كاملا ضد الدائن ، لأن الشرطين اللذين تطلبهما القانون فى ذلك لم يتوافرا . ولكن هذا التأشير ، مادام أنه مكتوب بخط الدائن ، يصح اعتباره

---

(١) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ — دى باج ٣ فقرة ٨٢٩ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٤٨ هامش رقم ١ .

(٢) وقد رأينا نظيراً لذلك فيما قدمناه فى شأن محو التأشير أو شطبه .

مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمله المدين بالبينة أو بالقرائن ليثبت أنه قد وفى الدين[١].

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذى تقدم ذكره ، فان التأشير على سند الدين يكون حجة كاملة على الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفى الدين . ويقع عبء الإثبات هنا على الدائن لا على المدين ، فهو الذى عليه أن يدحض قرينة الوفاء التى قامت باستيفاء التأشير لشرطيه ، فاذا لم يدحضها بالدليل العكسى فقد تم للمدين إثبات أنه قد قام بوفاء الدين .

وعندنا أن حجية التأشير تقوم على أساس ورقة عرفية غير موقعة ، هى هذا التأشير ذاته . ولا يمنع ذلك من القول بأن هذه الورقة العرفية يستخلص القانون منها قرينة على وفاء الدين ، وهى قرينة قابلة لإثبات العكس . فاذا نحن قلنا إن القرينة هنا قرينة قانونية بسيطة ، وقلنا إنها فى الوقت ذاته تقوم على ورقة عرفية غير موقعة ، فلا تعارض ما بين القولين . فجميع الأوراق العرفية غير الموقعة — دفاتر التجار والأوراق المنزلية وغيرها — هى فى هذا الوضع : أوراق عرفية غير موقعة تستخلص منها قرائن قانونية بسيطة[٢] .

فمتى وجد التأشير على سند الدين مستوفياً لشرطيه ، استخلصت منه قرينة قانونية بسيطة على وفاء المدين بالدين . وكان التأشير حجة على الدائن ، ولكنها حجة قابلة للدحض . ذلك أن علة الاعتداد بهذا التأشير هى أن الدائن يقر فى سند الدين ذاته أنه استوفى حقه ، وهذا الإقرار هو بمثابة « إقرار غير قضائى لا يمكن استبعاده من السند الذى يتقدم به لاستيداء حقه »[٣]. ولكن يجوز مع ذلك أن يكون هذا الإقرار غير مطابق للواقع . وتورد المذكرة الإيضاحية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلواً من كل فائدة . فللمدين مثلا أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محرراً بخط الدائن . ولم ير وجه للنص صراحة على هذا الحكم ، لأنه لايعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

(٢) وهى بهذه المثابة دليل كامل ولو أنها غير موقعة . فهى إذن بمنزلة الأوراق الموقعة من حيث إنها ليست فى حاجة إلى أن تستكمل . وهى أيضاً كالأوراق الموقعة يجوز إثبات عكسها . ولكنها تخالف الأوراق الموقعة فى أنه يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق دون أن تشترط الكتابة فى هذا الاثبات وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) .

للمشروع التمهيدى مثلا لذلك فيما « لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه فى استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة[1] . فيرجع سند الدين فى هذه الحالة وهو يحمل تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين ، دون أن يكون الدائن قد استوفى الدين . ومن ذلك نرى أن القرينة هنا قد يقوم من الواقع دليل على عكسها . ومن أجل ذلك عند ما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها قابلة للدحض[2] . فيجوز للدائن ، بالرغم من التأشير ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، أى على أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد نهج المشروع فى إباحة إقامة الدليل العكسى نهج التقنين الراهن (م ٢٣٠/٢٩٥) والتقنين المراكشى (م ٤٣٩) مراعياً فى ذلك أن تأشير الدائن لايعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة ، بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر عن غلط منه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) .

أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) فلم يصرح بجواز إثبات العكس كما فعل التقنين المصرى. لذلك يميز الفقه فى فرنسا بين الحالة التى نحن بصددها — حالة التأشير على سند الدين وهو فى حيازة الدائن — فيجيز إثبات عكس ماجاء فى التأشير بجميع الطرق لأن التأشير ورقة عرفية غير موقعة (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤١ — دى باج ٣ فقرة ٨٧٥) — وحالة التأشير على نسخة أصلية لسند الدين أو على مخالصة وهى فى حيازة المدين ، فينقسم فى شأنها : فريق يقول بجواز إثبات عكس ما جاء فى التأشير بجميع الطرق كما فى الحالة السابقة لأن التأشير لا يزال ورقة عرفية غير موقعة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦) ، وفريق آخر يذهب إلى أن التأشير فى هذه الحالة ، بحكم أنه بخط الدائن وهو فى الوقت ذاته فى حيازة المدين ، يكسب طابعا تعاقديا ، إذ هو وضع اشترك فى إقامته كل من الدائن والمدين ، الأول بخطه والثانى بحيازته ، فأضفيا عليه صيغة السند الموقع كما يقول أوبرى ورو (revêt, en quelque sorte, le caractère d'un acte proprement dit) ، ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة (أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ — دى باج ٣ فقرة ٨٧٥) .

عليه أنه يثبت ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ، فان التأشير الذى يثبت عكسه هنا هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق[1] ، وسيأتى تفصيل ذلك .

المطلب الثانى

التأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين

١٥٣ — شرطانه : يشترط هنا أيضاً ، حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين ، شرطان : (١) أن يكون هناك بخط الدائن تأشير ببراءة

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ — ويذهب الأستاذ سليمان مرقس ، فى كتابه « أصول الإثبات » ص ١٤٨ هامش رقم ٢ ، « إلى أن النص الخاص بالتأشير على سند الدين لا يقتصر على إنشاء قرينة قانونية على البراءة ، وإنما هو يعطى هذه الكتابة غير الموقعة قيمة الكتابة الموقعة . وإذن تسرى على التأشير قواعد حجية الورقة العرفية الموقعة ، فيجوز إثبات عكس ماتضمنه ، على أن يكون ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالبينة والقرائن فى الأحوال التى يوجد فيها ما يسوغ الإثبات بها استثناء» . انظر أيضا فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ — ص ٣٨٦ من الكتاب ذاته .

ولا ضير من القول بأن المشرع رفع التأشير ببراءة ذمة المدين ، وهو تأشير غير موقع ، إلى منزلة الورقة الموقعة . ولكن يبقى التأشير مع هذا قابلا لإثبات العكس بجميع الطرق . ويرجع ذلك إلى تحديد ما هو المقصود بعبارة « الدليل الكتابى » الواردة فى المادة ٤١٠ من التقنين المدنى المصرى ، عندما يقرر هذا النص أنه لايجوز الإثبات بالبينة «فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى» . وفى رأينا أن المقصود بالدليل الكتابى هنا هو ورقة عرفية موقعة ، لا ورقة غير موقعة ولو ارتفعت إلى منزلة الورقة العرفية الموقعة . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا . والسبب فى إجماع الفقه والقضاء فى فرنسا على هذا الرأى أن التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤١) قد أورد القاعدة التى تقضى بعدم جواز إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة فى نفس النص الذى أوجب الكتابة فيما يزيد على النصاب المعين . فالكتابة التى عناها فى الحالتين هى الكتابة الموقعة ، ما فى ذلك من شك . فوضح من هذا أن الكتابة التى لا يسمح بإثبات ما يخالفها إلا بالكتابة إنما هى الكتابة الموقعة دون غيرها . ولم يرد المشرع المصرى بتاتاً أن يحيد عن هذا المبدأ فهو عندما منع فى المادة ٤٠١ الإثبات بالبينة «فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى» قد قصد دون ريب «بالدليل الكتابى» الورقة العرفية الموقعة المطلوبة فى إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، كما يستخلص ذلك ضمنا من نص المادة ٤٠٠ . ولا يمكن القول ، لمجرد تحوير لفظى محض ، أن المشرع المصرى قصد مغايرة القواعد الجوهرية فى الإثبات التى نقلها عن المشرع الفرنسى .

ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى لسند الدين أو على مخالصة (٢) أن تقع نسخة السند أو المخالصة فى حيازة المدين .

١٥٤ — الشرط الاول — تأشير بخط الدائن على نسخة أصلية للسند أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين : يجب أن يكون التأشير هنا مكتوباً إما فى نسخة أصلية لسند الدين تكون بيد المدين وإما فى مخالصة يحتفظ بها المدين . والنسخة الأصلية (double) لسند الدين ليست صورة (copie) للسند، بل هى أصل (original) كسند الدين ذاته . ويفهم من ذلك أن سند الدين كتب من نسختين أصليتين إحداهما بيد الدائن والأخرى بيد المدين . وفى هذه النسخة الأصلية الأخرى التى بيد المدين يقع تأشير الدائن . وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويراعى أن المشروع قد عنى فى النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة ، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين، وانما شفعت هذه الكلمة بنعت أصلية «تعييناً لدلالة المقصود»[1] . وغنى عن البيان أن عبارة «النسخة الأصلية» قد تسربت إلى التقنين المصرى من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ يشترط هذا التقنين الأخير أن يكون سند العقد الملزم للجانبين من نسخ أصلية متعددة كما رأينا . ففى عقد البيع توجد نسخة من العقد فى يد البائع ونسخة أخرى فى يد المشترى. فاذا دفع المشترى قسطاً من الثمن، أشر البائع فى نسخة المشترى ببراءة ذمة المدين من هذا القسط . وهذا ما يقع أيضاً فى مصر بحكم الضرورة لا بمقتضى النص ؛ بل كان النص موجوداً كما رأينا فى المشروع الأولى الذى سبق المشروع التمهيدى . ويصح أن يقع التأشير ، لا على النسخة الأخرى لسند الدين ، بل على مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه واحتفظ بها المدين إثباتا لهذا الوفاء[2].

ويتبين من ذلك أن التأشير إذا وقع على صورة للسند أو على ورقة أخرى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ .

(٢) ويلاحظ هنا أن التقنين المدنى العراقى (م ٤٦٠) يشترط أن يقع التأشير على النسخة الأصلية الأخرى لسند الدين ، فلا يجوز أن يقع على مخالصة أو على أية ورقة أخرى . وفى هذا وحده ، كما قدمنا ، يختلف هذا التقنين عن التقنين المصرى .

مستقلة عن نسخة السند ، وأمكن اعتبار هذه أو تلك بمثابة مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه ، كان التأشير صحيحاً وقامت قرينة الوفاء [١] .

ويكتب التأشير فى أى مكان من الورقة ، وبأية عبارة تفيد معنى براءة الذمة ، ولا يكون موقعاً عليه من الدائن ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه فى التأشير على سند فى حيازة الدائن .

ولكن التأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن ، وهذا على خلاف ما قررناه فى التأشير على سند فى حيازة الدائن من جواز أن يكون هذا التأشير بخط غير خطه . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) ، بل إن هذا التقنين يشترط كما رأينا أن يكون التأشير دائماً بخط الدائن ، سواء وقع على سند فى حيازة المدين أو وقع على سند فى حيازة الدائن . أما التقنين المدنى المصرى السابق فالأرجح أنه لم يكن يدخل فى حسابه ، عند ما أورد المادة ٢٣٠/٢٩٥ ، إلا التأشير على سند فى حيازة الدائن ، وقد ترك التأشير بخط الدائن على سند فى حيازة المدين تسرى عليه القواعد العامة ، وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

واشتراط أن التأشير على سند فى حيازة المدين يكون بخط الدائن أمر واضح ، إذ لو سمح القانون أن يكون التأشير بخط غير الدائن ، لسهل على المدين ، والسند فى حيازته ، أن يستكتب أى شخص عبارة الإبراء ، فتقوم قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فقوة القرينة إذن هى فى أن التأشير بالإبراء قد كتب بيد الدائن واحتفظ به المدين .

وإذا أنكر الدائن خطه ، وجب على المدين أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق الخطوط لإثبات أن التأشير بخط الدائن [٢] . فاذا ما ثبت ذلك ، جاز للدائن بعد

---

(١) أما إذا أشر البائع ببراءة ذمة المشترى على نسخة أصلية لعقد البيع ليست فى يده ولا فى يد المشترى ، بأن تعدد المشترون وكان التأشير على نسخة ثالثة فى يد مشتر آخر ، فإن التأشير فى هذه الحالة لا يكون صحيحاً لوقوعه فى سند ليس فى حيازة الدائن ولا فى حيازة المدين . ولكنه مادام مكتوباً بخط الدائن يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٥ هامش رقم ١٩) .

(٢) ذلك أن إجراءات تحقيق الخطوط تقبل فى جميع الأوراق العرفية ، موقعة كانت أو غير موقعة .

هذا أن يسلك طريق الطعن بالتزوير[1] .

وإذا محى التأشير أو شطب ، زالت قوته فى الإثبات . ذلك أن السند موجود فى حيازة المدين ، فلا يمكن حمل المحو أو الشطب إلا على أن الوفاء لم يتم ، فمحا الدائن التأشير أو شطبه ، وقبل منه المدين ذلك بأن احتفظ بالسند فى يده والتأشير فيه ممحو أو مشطوب[2] . وهذا بخلاف ما رأيناه فى المحو أو الشطب عندما يكون السند فى حيازة الدائن ، فقد تقدم أن الفقه الفرنسى منقسم فى هذه المسألة ، ورجحنا الرأى القائل بأن المحو أو الشطب لا يزيل قوة الإثبات التى للتأشير .

١٥٥ — الشرط الثانى — وقوع نسخة السند أو المخالصة فى حيازة المدين : والأصل أن نسخة السند أو المخالصة التى أشر عليها الدائن بخطه تكون فى حيازة المدين . ولكن لا يشترط هنا أن تكون باقية دائماً فى حيازته ، بل يكفى أن تكون قد وقعت فى حيازته ولو خرجت بعد ذلك من يده . ذلك أن التأشير يجب أن يكون بخط الدائن كما قدمنا ، فوقوع هذا التأشير بخط الدائن فى حيازة المدين ولو لحظة واحدة يكفى لقيام قرينة الوفاء . ومتى قامت القرينة على هذا الوجه ، كان للدائن أن يدحضها كما سنرى .

والذى يقع عادة أن المدين يبرز الورقة التى تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها . فيكون بذلك قد أثبت أنها قد وقعت فى حيازته . أما إذا لم تكن الورقة فى يده ، واستطاع أن يحصل على أمر بتقديمها فقدمت ، فعليه أن يثبت أنها وقعت فى حيازته وقتاً ما حتى تقوم قرينة الوفاء .

١٥٦ — حجية التأشير إذا توافر شرطاه : هنا أيضاً نبادر إلى القول إن هذا التأشير ، ولو لم يتوافر شرطاه ، له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٤٧ هامش رقم ١ و ص ١٥٣ .

(٢) ديرانتون ١٣ فقرة ٤٢٠ — بوتييه فقرة ٧٥٣ — أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٦ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٨٢٩ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ مكررة — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٤ .

فى الإثبات ، بقطع النظر عن نص المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى . فهو ما دام مكتوباً بخط الدائن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولو لم يتوافر فيه ما قدمناه من الشروط الأخرى . مثل ذلك أن يكتب التأشير فى نسخة أصلية ثالثة ليست فى حيازة الدائن ولا فى حيازة المدين ، أو أن يعجز المدين عن إثبات أن الورقة التى كتب فيها التأشير قد وقعت فى حيازته ، أو نحو ذلك . فنى هذه الأحوال لا يصلح التأشير دليلا كاملا ، ولكن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة أو بالقرائن .

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذى تقدم ذكره ، فان التأشير يكون دليلا كاملا ضد الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكماله ليثبت أنه وفى الدين ، وذلك بمقتضى نص خاص هو نص المادة ٣٩٩ . وحجية التأشير تقوم هنا أيضاً على أساس ورقة عرفية غير موقعة هى هذا التأشير ذاته ، على النحو الذى قدمناه فى التأشير على سند فى حيازة الدائن .

ثم إن علة الاعتداد بالتأشير هنا هى أن هذا التأشير قد كتب بخط الدائن نفسه ، وقد ترك الورقة التى تحمل التأشير فى يد المدين ، فتركه إياها فى يد من له مصلحة فى الاحتجاج بها قرينة على أنه استوفى الدين . فالتأشير فى هذه الحالة «يكون فى الواقع بمثابة مخالصة تبقى فى يد المدين»[١] . ولكن هذه القرينة ، هنا أيضاً ، قد يقوم من الواقع دليل على عكسها[٢] . فقد يتصور — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — «أن يكون الدائن قد سلم المخالصة

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

(٢) وقد كان المشروع الأولى الذى سبق المشروع التمهيدى يميز بين حالة التأشير على سند فى حيازة الدائن فيجعل التأشير قابلا لإثبات العكس ، وحالة التأشير على سند فى حيازة المدين فيجعل التأشير غير قابل لإثبات العكس (م ١٩ من هذا المشروع) . ولعل المشروع قد تأثر فى ذلك بأن فريقاً من الفقهاء الفرنسيين لا يسمحون ، فى إثبات عكس التأشير على سند فى حيازة المدين ، بأن يكون الإثبات بجميع الطرق ، بل يشترطون أن يكون الإثبات بالكتابة على النحو الذى بيناه فيما تقدم . وواضح أن هذا أمر يختلف عن قابلية التأشير لإثبات العكس فى ذاته ، سواء كان إثبات العكس بجميع الطرق أو كان بطرق معينة . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (المذكرة الإيضاحية ٢ ص ٦٩٠) . عبارة تردد هذا التمييز . وهى عبارة خاطئة ، لأن التقنين الجديد (وكذلك المشروع التمهيدى) لم يفرق بين حجية القرينة فى حالة التأشير على سند فى حيازة المدين وحجيتها فى حالة التأشير على سند فى حيازة الدائن ، فكلتا =

لوكيل مفوض فى استيفاء الدين ، ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل المخالصة التى تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين» (١) . فاذا سلم الوكيل ، بالرغم من ذلك ، المخالصة للمدين ولم يستوف منه الدين ، وعجز عن استرداد المخالصة ، فانها ، وهى تحمل تأشير الدائن ، تكون فى يد المدين دون أن يكون هذا قد برئت ذمته . وفى هذا دليل من الواقع يدحض القرينة .

من أجل ذلك عندما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها هنا أيضاً قابلة للدحض . فيجوز للدائن ، بالرغم من تأشيره بخطه ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، فيثبت أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ذلك أن التأشير الذى يثبت عكسه هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق ، وقد تقدم بيان ذلك .

١٥٧ — التأشير على سند فى حيازة المدين فى التقنين المدنى السابق :

قدمنا أن المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدنى السابق كانت تنص على أن « التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك » . وكان بعض الفقهاء فى مصر (١) يذهب إلى أن هذا النص يشمل الحالتين اللتين وردتا بعد ذلك فى المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى الجديد : حالة التأشير على سند فى حيازة الدائن وحالة التأشير على سند فى حيازة المدين . ولكن يصعب القول إن المقصود من عبارة « سند الدين » التى وردت فى نص التقنين السابق هو سند آخر غير السند الذى يحتفظ الدائن به عادة فى حيازته ، وأن هذه العبارة مقصود بها أيضاً « نسخة أصلية

= القرينتين قابلة لإثبات العكس . ومن أجل ذلك لم تنقل هذه العبارة إلى مجموعة الأعمال التحضيرية (انظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ٣ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٩٤ هامش رقم ٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات الطبعة الرابعة فقرة ٢٦٦ والطبعة الخامسة فقرة ٣٠٦ .

أخرى للسند» . فالأرجح أن يكون المقصود هو النص على حالة واحدة من الحالتين ، هى حالة التأشير على سند الدين وهو فى حيازة الدائن ، وأن الحالة الأخرى قد تركت للقواعد العامة تسرى عليها . ويزيد هذا الترجيح قوة أن نلاحظ أن نص التقنين المدنى السابق لم يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن ، مع أن قرينة الوفاء فى التأشير على سند فى حيازة المدين إنما تستمد من أن هذا التأشير يكون بخط الدائن . وهذا الرأى الذى نرجحه هو الرأى الذى سار عليه الفقه فى مصر(١) .

ومن ثم يكون التقنين المدنى الجديد قد استحدث حكماً لم يكن موجوداً فى التقنين القديم ، بأن جعل للتأشير بخط الدائن على سند فى حيازة المدين حجية كاملة ، ولم يقتصر على اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما تقضى بذلك القواعد العامة فى الإثبات . فاذا أشر الدائن بخطه على سند فى حيازة المدين ببراءة ذمته ، فان كان التأشير قد كتب فى تاريخ سابق على يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فان التقنين القديم هو الذى يسرى ، ولا يكون هذا التأشير إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان التأشير قد كتب فى تاريخ بعد ذلك ، فان التقنين الجديد يسرى فى هذه الحالة ، ويعتبر التأشير دليلا كاملا لا حاجة إلى استكماله بدليل آخر ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠١ ص ١٥٢ هامش رقم ٢ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٣ .

الباب الثاني

طرق الاثبات ذات القوة المحدودة

البينة والقرائن القضائية

١٥٨ — طرق الاثبات ذات القوة المحدودة — اليمين المتممة (احالة) : قدمنا أن طرق الإثبات ذات القوة المحدودة هى البينة والقرائن القضائية واليمين المتممة .

ونبادر إلى القول إن اليمين المتممة ، لشدة اتصالها باليمين الحاسمة ، ستعالج معها فى موضع آخر . ونستبقى هنا للبحث البينة والقرائن القضائية .

١٥٩ — تعادل البينة والقرائن القضائية من حيث قوة الاثبات : وقد جعل القانون البينة والقرائن القضائيـة طريقين متعادلين من حيث قوتهما القانونية فى الإثبات . فما يمكن إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثبـاته بالطريق الآخر . وكلا الطريقين أضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة فى الإثبات .

وقد رأينا أن البينة والقرائن القضائية لا تكون طرقاً أصلية فى الإثبات إلا فى نطاق محدود . وتكون ، غير ذلك ، طرقاً تكميلية عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، وطرقاً بدلية عند وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه .

ويتبين من كل ذلك أن البينة والقرائن ذات قوة محدودة فى الإثبات . فنبحث أولا ماهى البينة والقرائن . ثم نبين بعد ذلك قوتهما المحدودة .

الفصل الأول

البينة والقرائن القضائية

الفرع الأول

البينة

(أو الشهادة)

١٦٠ — **معنيان للبينة** : البينة لها معنيان : (١) معنى عام ، وهو الدليل أيا كان ، كتابة أو شهادة أو قرائن . فاذا قلنا : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فانما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام . (٢) معنى خاص ، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة . وقد كانت الشهادة فى الماضى هى الدليل الغالب ، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة ، فانصرف لفظ « البينة » إلى الشهادة دون غيرها . ونقصد هذا المعنى الخاص عندما نقول : مالا تزيد قيمته على عشرة جنيهات يجوز إثباته بالبينة والقرائن .

وإذا قلنا البينة ، فانما نقصد معناها الخاص ، ونقصرها على الشهادة . ونتكلم هنا : (أولا) فى أنواع البينة . (ثانياً) فى سلطة القاضى الواسعة فى تقدير البينة . (ثالثاً) فى القواعد التى تتبع فى سماع البينة .

المبحث الأول

أنواع البينة

١٦١ — **الشهادة** (témoignage) : **الأصل فى الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ماوقع تحت بصره أو سمعه . فالذى يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية (ex propriis sensibus) . وهو يحصل**

معرفته الشخصية للواقعة ، إما لأنه رآها بعينه ، كما إذا كان قد شهد حادثاً من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى . وإما لأنه سمعها بأذنه ، كما إذا كان قد حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشترى ، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما سمع . وإما لأنه رأى وسمع ، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقترض ورآه يعطيه مبلغ القرض(١) .

وتكون الشهادة عادة شفوية ، يدلى بها الشاهد فى مجلس القضاء مستمداً إياها من ذاكرته . وقد نصت المادة ٢١٦ من تقنين المرافعات على أن « تؤدى الشهادة شفاهاً ، ولا تجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا باذن المحكمة أو القاضي المنتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى » . ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٠٥ من تقنين المرافعات على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده ، بالكتابة أو بالإشارة » .

ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى . ومع ذلك قد يكتفى ، فى ظروف استثنائية ، بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها(٢) .

وإذا كانت الشهادة المباشرة هى الصورة الغالبة للشهادة ، فانه يوجد مع ذلك إلى جانبها : (١) الشهادة السماعية (témoignage indirect) (٢) والشهادة بالتسامع (commune renommée) (٣) والشهادة بالشهرة العامة (acte de notoriété)

١٦٣ — الشهادة السماعية : أى الشهادة غير المباشرة ، وتسمى أيضاً

(١) والفرق بين الشهادة والإقرار أن الشهادة هى اخبار الإنسان بحق لغيره على غيره ، أما الإقرار فاخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه . وتختلف الدعوى عنهما بأنها إخبار الإنسان بحق لنفسه على غيره (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٨٢) .

(٢) ومن ذلك أن يضم تحقيق جنائى إلى ملف قضية مدنية ، ويعتد بما ورد مكتوباً فى التحقيق الجنائى من شهادة الشهود (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤٦) . أما نقل الكلام بآلة مسجلة (dictaphone) فقد رفض القضاء المصرى والفرنسى قبوله فى مقام الشهادة (بيدان وبرو ٩ ص ٣٣١ هامش رقم ١ — انسيكلو بيدى داللوز ٤ لفظ preuve فقرة ٨٧١ — فقرة ٨٧٢) .

بالشهادة فى الدرجة الثانية[1] (témoignage du second degré) . وتختلف عن الشهادة الأصلية أو الشهادة المباشرة أو الشهادة فى الدرجة الأولى — وهى الشهادة التى سبق ذكرها — فى أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره ، ومن ثم كانت الشهادة سماعية .

والشاهد ، سواء كانت شهادته أصلية أو سماعية ، يشهد عن واقعة معينة بالذات . ولكنه فى الشهادة الأصلية يشهد أنه رأى هذه الواقعة بعينه إن كانت مما يرى ، أو سمعها بأذنه إن كانت مما يسمع . أما فى الشهادة السماعية ، فهو يشهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذى رآها بعينه أو سمعها بأذنه. مثل ذلك أن يشهد شخص أمام القضاء أنه سمع شخصاً آخر يروى له حادث السيارة وقد رآه بعينه ، أو سمع شخصاً آخر يروى له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بأذنه . فالشهادة السماعية هى إذن شهادة على الشهادة[2] .

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية[3] . ويقدر القاضى قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية . وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية فى القيمة . ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضى بها[4] .

---

(١) وتسمى فى الفقه الإسلامى بالشهادة على الشهادة .

(٢) أو هى شهادة أصلية بشهادة أصلية . ويصح أن تكون شهادة سماعية بشهادة أصلية ، فيقول الشاهد إنه سمع فلاناً يروى عن فلان واقعة معينة بالذات . واقتناع القاضى بمثل هذه الشهادة أشق بكثير من اقتناعه بشهادة أصلية على شهادة أصلية .

(٣) قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٧٩ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٥ ص ٢٣٠ — والشهادة على الشهادة فى الفقه الإسلامى لا تجوز إلا بالإنابة والتحميل . جاء فى فتح القدير (جزء ٦ ص ١٨) : « فاذا سمع شاهداً يشهد بشىء لم يجز أن يشهد على شهادته ، إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل . ولهذا لو سمعه يشهد شاهداً على شهادته ، لم يسع السامع أن يشهد ، لأنه ما حمله وإنما حمل غيره . وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى ، حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة » .

(٤) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٩ ص ٩٥٩ . ويجب على كل حال التحدى بعدم قبول الشهادة السماعية ، إن كان لذلك وجه ، أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك بذلك أمام محكمة النقض لأول مرة . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن شهادة شاهد سماعية فهى غير مقبولة رغم أخذ الحكم الابتدائى بها — هذا القول لا يصح التمسك =

١٦٣ — الشهادة بالتسامع : والشهادة بالتسامع غير الشهادة السماعية. فهى شهادة بما تتسامعه الناس (oui - dire)، لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على الرأى الشائع فى جماهير الناس عن هذه الواقعة . وقد رأينا الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، ولكن لا على أن الشاهد رآها بعينه أو سمعها بأذنه ، بل على أنه سمعها تروى له ممن رآها بعينه أو سمعها بأذنه . فالشهادة السماعية يمكن إذن تحرى مبلغ الصدق فيها ، وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات . أما الشهادة بالتسامع فصاحبها لا يروى عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها ، فهى غير قابلة للتحرى ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما شهد به[1] .

ومن ثم كانت الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون . وقد نص التقنين المدنى الفرنسى على قبول الشهادة بالتسامع فى حالتين : (١) حالة الزوجة ، بعد انتهاء النظام المشترك للأموال (communauté) بينها وبين زوجها ، وهى تريد تمييز مالها الخاص (patrimoine propre) عن المال المشترك (patrimoine commun) ، وذلك إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤١٥ وم ١٥٠٤ مدنى فرنسى) . (٢) حالة ورثة أى من الزوجين، بعد موته ، يريدون تحديد المال المشترك (patrimoine commun) فى مواجهة الزوج الآخر الذى ظل باقياً على قيد الحياة ، وذلك أيضاً إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤٤٢ مدنى فرنسى) . ويذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى قصر قبول الشهادة بالتسامع على هاتين

= به أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحدى به لدى محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(١) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٩ — فمحل الشهادة بالتسامع ليس فى الحقيقة الواقعة المراد إثباتها ، بل محلها رأى الناس فى هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها . ورأى الناس قد يكون له أثر فى موضوع الحق نفسه ، ومن ثم كان هو ذاته محلا للإثبات لا طريقاً فى الإثبات . فهناك إذن ضرب من التحويل (déplacement) فى محل الإثبات ، ينقل الإثبات من محله الأصلى إلى محل بديل عنه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ — انظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١٤ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٨) .

الحالتين دون غيرهما(١) . ويرى بعض آخر أن يقيس عليهما كل حالة أخرى يراد فيها إثبات منقولات بأعيانها فى مواجهة من كان مكلفاً بحصرها فى محضر جرد وقصر فى ذلك(٢) . أما فى مصر فالقضاء المختلط كان بوجه عام لا يقبل الشهادة بالتسامع فى المسائل المدنية(٣) . أما فى المسائل التجارية ، وكذلك فى الأحوال التى يقبل فيها الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، فتقبل الشهادة بالتسامع على سبيل الاستئناس وباعتبار أنها مجرد قرينة بسيطة لا يؤخذ بها إلا فى كثير من الحذر والاحتياط(٤) . وفى الفقه الإسلامى لا تقبل الشهادة بالتسامع إلا فى مسائل معينة ، عدوا منها خمساً هى الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول وبولاية القاضى ، ثم أضافوا إليها خمساً هى أصل الوقف وشرائطه والعتق والولاء والمهر(٥) . ولا نرى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى فى هذه المسألة تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى ، وهى تقضى بأنه

---

(١) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٧ — لوران ٥ فقرة ١١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥١ مكررة ص ٤٠٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ — ص ٩٦٥ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٠٣ — ص ٣٠٤ — تولييه ٢ فقرة ١١٩٧ — ماركاديه ٢ فقرة ٢٥٠ — بوتييه فقرة ٢٤٢ — ديمولومب ٧ فقرة ٥٦٩ و ٣٠ فقرة ٢٢٥ — فارن بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨١ — ٨ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٤ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٥ — ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣ .

(٥) وقد جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) فى صدد الشهادة بالتسامع ما يأتى : «الثالث (من شروط تحمل الشهادة) أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ، ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه . فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا فى أشياء مخصوصة . وهى النكاح والنسب والموت . فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه ، لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة . وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح . وكذا فى الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته . واختلفوا فى تفسير التسامع ، فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير تواطؤ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء، فكانت الشهادة بالتسامع =

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية » .

= شهادة عن معاينة . فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر . وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الخصاف أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك ، استدلالا بحكم الحاكم وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل ، كذا هذا . ولو أخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسامع أن يشهد بموته . فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب . ووجه الفرق أن مبنى هذه الأشياء وإن كان على الاشتهار إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب ، لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت . لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على الثبات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول إني لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ، حتى لو شهد كذلك لا تقبل . وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل . . . . وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية ، إلا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لأن مبنى الوقف على الاشتهار أيضا كالموت فكان ملحقا به . وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية ، أن هذا قاضي بلد كذا ووالي بلد كذا وإن لم يعاين المنشور ، لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة » .

وجاء في فتح القدير (جزء ٦ ص ٢٠ – ص ٢١) : « ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي ، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وأمرتين . ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر الخبر بذلك . . . وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر ، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لا يحضره غالبا إلا الأقارب فإذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان ، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضا أن فلانا تزوج فلانة ، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات . . . وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص وإنما يحضرون جلوسه وتصديه للأحكام . . . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، فيشهد أنه إبنه أو أمير أو قاض . أما إذا فسر للقاضي أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته» . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في «طرق القضاء في الشريعة الإسلامية» (ص ٣٠٦) : « أقول والظاهر أنه حيث أجيز للشاهد أن يشهد بالسماع في المواضع التي بينوها وجب أن يقضى بشهادته إذا فسر ، وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض ، ولا معنى لبقاء القضاء في مثل هذا على القياس والأخذ في الشهادة بالاستحسان ، وكل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحملون القاضي ذلك ، لكن ما أجازوه فيها كان ينبغي أن يجيزوه فيه منعاً للتدافع ، ولا معنى لهذا الهروب من أمر قرروه واعترفوا به» .

—

وإذا قبلت الشهادة بالتسامع ، فهى كالشهادة الأصلية والشهادة السماعية تخضع فى سماعها للقواعد التى تخضع لها الشهادة بوجه عام [1] .

١٦٤ — الشهادة بالشهرة العامة : أما الشهادة بالشهرة العامة فليست بشهادة بالمعنى الصحيح . بل هى ورقة مكتوبة ، تحرر أمام جهة رسمية ، تدون فيها وقائع معينة ، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة.

وفى مصر يمكن اعتبار إعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق . فهى تحرر أمام جهات رسمية ، المحكمة الشرعية أو مندوب من المحكمة الحسبية أو غير ذلك ، وتدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود ، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقاً لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة .

وفى فرنسا ينص القانون على جواز استعمال مثل هذه الأوراق كأدلة . من ذلك أنه إذا تعذر على أحد الزوجين عند عقد زواجه أن يحصل على شهادة ميلاده ، كان له أن يقدم عوضاً عنها شهادة تحمل اسمه ولقبه وصناعته ومحل

= وأوصل ابن جزى فى القوانين الفقهية (ص ٣١٣) المسائل التى يجوز فيها قبول الشهادة بالتسامع إلى عشرين ، فقال : « تجوز الشهادة بالسماع الفاشى فى أبواب مخصوصة ، وهى عشرون : النكاح ، والرضاع ، والحمل ، والولادة ، والموت ، والنسب ، والولاء ، والحرية ، والأحباس ، والضرر ، وتولية القاضى ، وعزله ، وترشيد السفيه واليتيم ، والوصية وأن فلاناً وصى ، والصدقات المتقادمة ، والأشربة المتقادمة ، والقسامة ، والإسلام ، والعدالة ، والجرحة . ولا تجوز الشهادة بالسماع الفاشى فى إثبات ملك لطالبه ، وإنما تجوز للذى هو فى يديه بشرط حوزه له سنين كثيرة الأربعين والخمسين » .

هذا ويعرف الفقه الإسلامى ، إلى جانب الشهادة بالتسامع ، شهادة التواتر . وهى «خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ... لايتصور اتفاقهم على الكذب . وليس للتواتر عدد معين على الصحيح ، وإنما الشرط أن يكون المخبرون جمعاً لايجوز العقل اتفاقهم على الكذب . ولما كان التواتر يفيد علم اليقين ، فلا تقام بينة على خلافه ، لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر ، سواء أكان المستند إلى التواتر مدعياً أو مدعى عليه ، وسواء أكان مثبتاً أم نافياً ، وسواء أكان فى الأموال أم الحدود أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن التواتر حجة فى النفى والإثبات لإفادته القطع واليقين» (الأستاذ أحمد إبراهيم فى طرق القضاة ص ٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٥ وهامش رقم ٢ .

إقامته وتاريخ ميلاده بقدر الإمكان وغير ذلك من البيانات بناء على أقوال شهود ثلاثة يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة ويدلون بشهادتهم عنها أمام قاضي الصلح (انظر م ٧١ من التقنين المدني الفرنسي) . ومن ذلك أيضاً إجراءات إعلان غيبة المفقود، تتضمن تحقيقاً تأمر المحكمة باجرائه في مواجهة النيابة العامة ، قد تسمع فيه شهود يدلون بما عرفوه من طريق الشهرة العامة عن ظروف اختفاء المفقود ، ثم يصدر بعد ذلك حكم باعلان غيبته [١] . ويكشف العمل في فرنسا عن كثرة الأحوال التي يلتجأ فيها إلى الحصول على وثائق تقوم على أساس الشهادة بالشهرة العامة ، وذلك فوق الأحوال التي نص عليها القانون . مثل ذلك الإعلام بثبوت الوراثة يدون فيه عدد الورثة وصفاتهم إذا لم يوجد محضر جرد . ومثل ذلك أيضاً الشهادة التي تسجل أن الميت قد مات دون وارث له حق محفوظ في التركة (héritier à réserve) [٢] .

فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام ، موثق أو قاض أو نحو ذلك ، تدلى أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها . ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة [٣] . فالمعرفة الشخصية بالواقعة ، لا الشهرة العامة في ذاتها ، هي التي تقوم عليها قوة الإثبات في هذه الشهادة . والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية (témoignage collectif) عن طريق تحقيق سريع أمام قاض أو موظف عام باجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن إجراءات التحقيق المعتاد [٤] . وللشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة .

---

(١) انظر المواد ١١٥ — ١١٩ من التقنين المدني الفرنسي — وانظر في مثل ثالث المادة ٥٠٧ من هذا التقنين .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

المبحث الثانى

سلطة القاضى الواسعة فى تقدير البينة

١٦٥ — **البينة أضعف من الكتابة** : قدمنا أن الشهادة كانت فى الماضى من أقوى الأدلة ، بل كانت هى الدليل الغالب فى وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هى التى تستأثر باسم « البينة » دلالة على أن لها المقام الأول فى البينات[١] . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول فى الإثبات ، ونزلت البينة إلى المكان الثانى لما تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالبينة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقه تنقصهم . هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالبينة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعيدة عن التزوير ، فهى أدق أداء وأكثر ضبطا للوقائع . ثم هى لا يرد عليها النسيان ، فهى دليل هيء مقدماً ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض[٢] .

---

(١) ودرج المثل ، فى القانون الفرنسى القديم ، أن الشهادة فوق الكتابة (témoins passent lettre) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٨ — على أن هناك اتجاها فى العصر الحاضر من شأنه أن يرد للبينة اعتبارها . ففى التقنينات الجرمانية (تقنين المرافعات الألمانى وتقنين المرافعات السويسرى) وفى بعض التقنينات اللاتينية (التقنين المدنى البرتغالى م ٢٥٠٦ — ٢٥٠٨ والتقنين المدنى الأسبانى م ١٢٤٤ — ١٢٤٨) يجوز ، فى المسائل المدنية على غرار المسائل التجارية ، الإثبات بالبينة حيث يجوز الإثبات بالكتابة . ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير (الإفلاس فى القانون المقارن ١ ص ١٦٠) إلى تحبيذ هذا الاتجاه (انظر عكس ذلك كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٧٦٦ ص ٥١٢ هامش رقم ٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٥٢) . والقضاء الفرنسى ذاته ، فى خلال القرن الأخير ، يساير هذه النزعة ، فيتوسع فى قبول البينة عن طريق التوسع فى تفسير معنى « مبدأ الثبوت بالكتابة » ومعنى « تعذر الحصول على الكتابة » (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٠ ص ٢١٨ وهامش رقم ٤) .

من أجل ذلك أنزل القانون البينة دون منزلة الكتابة ، لا فحسب من ناحية أن جعل البينة ذات قوة محدودة فى الإثبات ، بل أيضاً بأن جعل للقاضى بالنسبة إلى البينة سلطة تقدير واسعة ، هى أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة [1]. فالقاضى ينظر ، أولا ، هل الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجيزها القانون مستساغ ؟ فاذا كان مستساغاً نظر ، ثانياً ، هل الوقائع المراد إثباتها بالبينة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة فى إثباته ؟ وهو فى ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له فى الإثبات بالكتابة . فاذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع البينة ، كان له ، أخيراً ، سلطان واسع فى تقديرما إذا كانت البينة التى سمعها مقنعة فى الإثبات .

١٦٦ — تقدير ما اذا كان الاثبات بالبينة مستساغاً : قد يكون الإثبات بالبينة جائزاً قانوناً ، ولكن يبقى بعد ذلك للقاضى سلطة تقديرية فى السماح به . فقد يكون فى القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يغنى عن البينة . وعلى النقيض من ذلك قد تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضى سبيلا إلى الاقتناع بالبينة فى إثباتها [2] . وقد تكون هذه الوقائع

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وتختلف حجية البينة اختلافاً جوهرياً عن حجية الكتابة . فبينا يعتبر الدليل الكتابى، تفريعاً على تهيئته، حجة بذاته ، فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض باثبات العكس ، تترك البينة على نقيض ذلك لتقدير القاضى ، ويكون له كامل السلطة فى تقدير قيمتها ، أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم ، دون أن يخضع فى تقديره هذا لرقابة محكمة النقض ، بيد أن سلطة القاضى فى التقدير لا تتناول إلا تعلق البينة بالوقائع دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٩٥ — ص ٣٩٦) .

وفى صدد خفض شأن البينة يقول فتحى زغلول : « أبغض طرق الإثبات عند الشارع شهادة الشهود (شرح القانون المدنى ص ٤١٨) .

(٢) وفى الفقه الإسلامى من شروط الشهادة عدم تكذيب الحس لها ، لأن الحس يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً ، والظنى لا يعارض القطعى . فلا تقبل البينة التى أقيمت على خلاف المحسوس . كالبينة التى تقوم على موت شخص وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وهى قائمة يشهد العيان بعمارتها (الأستاذ أحمد إبراهيم فى طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص٣١٧) . ونصت المجلة فى المادة ١٦٩٧ على أنه « لا تقبل البينة التى أقيمت على خلاف المحسوس ، مثلا إذا أقيمت البينة على موت رجل وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وعمارها مشاهدة ، فلا تقبل =

قد طال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالبينة فى جميع هذه الأحوال يرى القاضى أن البينة غير مستساغة ، فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها فى الإثبات (١) .

ومن ثم نرى أنه لا يكفى أن يجيز القانون الإثبات بالبينة فى بعض الأحوال ، بل يجب أيضاً أن يكون الإثبات بالبينة مستساغاً حسب تقدير القاضى . ولا يخضع

= ولا تعتبر » . ويقول الأستاذ سليم باز فى شرح هذا النص (ص ١٠٢١) : وكذا إذا أقيمت البينة بأن هذا المرعى مخصص منذ القديم لمنافع القرية الفلانية وكانت هـذه القرية حديثة العهد ، وبذلك قرار لمحكمة التمييز مؤرخ فى ٢٨ أيلول سنة ١٣٠٩ ج . م عدد ٨٢٨) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ – ص ٣٠٣ — وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن ترفض إجراء تحقيق يطلبه الخصوم متى رأت بما لهـا من سلطة التقدير أنه لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع ، وإنما هى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين فى حكمها لماذا رفضته وأن تكون الأسباب التى بنت عليها اقتناعها من شأنها أن تؤدى إلى ماقضت به (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص٢٦٥) . أنظر أيضاً : نقض مدنى ٣٠ إبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٣ ص ٣٣٤ (تمسك خصم بعقد ، ثم عدل وتمسك بالتحقيق لإثبات التقادم وتقلب فى دفاعه ، فرفضت المحكمة التحقيق) — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠١ ص ٧٤٢ (قضت المحكمة بالقرائن مكتفية بها ، من غير حاجة إلى البينة) . أنظر كذلك : نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٢٩ — ١٠ نوفبر ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٠ ص ١٤٠ — ١٧ نوفبر سـنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٣ ص ٨٦٣ — ١٦ إبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٠ ص ١٠٩٦ — ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٩٤ ص ٦٠٧ — ١٤ نوفبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٥ ص ٢٧٢ — ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لايسوغ أن يثبت بالبينة أنه منذ عهد بعيد وفى أيام معينة تعذر إنزال البضاعة بسبب رداءة الجو (أول مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩) ، أو العبارات التى استعملت فى حديث جرى منذ عهد بعيد (٢٨ مايوسنة ١٩١٩ م ٣١ص ٣١٦) ، أو وقائع حدثت منذ تسع سنوات (١٧ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١) ، أو حادث وقع منذ ثمانى سنوات (١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٣) . ويجوز للقاضى أن يرفض الإحالة إلى التحقيق إذا وجد فى القضية عناصر كافية للإثبات تجعل البينة تزيدا لا فائدة منه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨) أو يرفض سماع شهود آخرين متى تكون عقيدته بعد سماع من سمعهم (استئناف مختلط ٢٩ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٧) .

القاضى فى تقديره هذا لرقابة محكمة النقض[1] .

١٦٧ — تقدير ما اذا كانت الوقائع متعلقة بالحق ومنتجة فى الاثبات: هنا أيضاً يتمتع القاضى بسلطة تقدير واسعة لا يتمتع بها فى الإثبات بالكتابة .

ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى به والتى تكون منتجة فى الإثبات ، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض . فلا يكون هناك للقاضى مجال واسع فى تقدير ذلك . أما فى الإثبات بالبينة فيتسع المجال للقاضى فى تقدير ما إذا كانت الوقائع التى استدعيت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الإثبات . فان الغالب أن تكون الشهود لم تعد للشهادة من قبل ، فاذا توخوا الأمانة فى شهادتهم فهم لايشهدون إلا على الوقائع التى يتفق أن يكونوا قد رأوها أو سمعوها ، وهذه الوقائع قد تكون متعلقة بالحق المدعى به ، وقد لا تكون متعلقة به . وإذا كانت متعلقة ، فقد تكون منتجة فى الإثبات أو لا تكون . كل هذا متروك لتقدير القاضى ، وهو فى هذا التقدير يتمتع بسلطة واسعة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض[2] ، كما قدمنا عند الكلام فى الشروط الواجب توافرها فى الواقعة التى تكون محلا للإثبات .

١٦٨ — تقدير ما اذا كانت البينة كافية : ثم إن القاضى ، إذا رأى الإثبات بالبينة مستساغاً ، وقدر أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة فى الإثبات ، وسمع الشهود فى هذه الوقائع ، فان له بعد ذلك كله سلطة واسعة فى تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية فى إثبات هذه الوقائع .

وهو فى ذلك لا يتقيد بعدد الشهود ، ولا بجنسهم ، ولا بسنهم . فقد يقنعه شاهد واحد ، ولا يقنعه شاهدان أو أكثر . وقد يصدق المرأة ، ولا يصدق الرجل .

---

(١) ولكن يجب أن تكون هناك أسباب كافية لتبرير هذا التقدير ، ويكون التسبيب قاصراً إذا لم يواجه دفاع الخصم ولم يحققه مع حاجته إلى التحقيق (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٢ ص ٨٣) . ولا يجوز أن يكون مجرد التخوف من فساد ذمة الشهود سبباً فى حرمان مدعى الحق من إثبات دعواه بالبينة (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماه ٢٠ رقم ١٦٩ ص ٤٥٥) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠١ — ص ٣٠٢ .

وقد تكون شهادة صبي صغيراً أبلغ فى إقناعه من شهادة رجل كبير[١] .

وقد كان للشهادة فى القديم نصـاب محدد : رجلان ، أو رجل وامرأتان ، أو شهود أربعة ، أو نحو ذلك[٢] . فزال هذا النصاب ، لا فى المسائل الجنائية فحسب ، بل أيضاً فى المسائل المدنية والتجارية . وكذلك زالت ضرورة تزكية الشهود ، فلم يعد الشـاهد يزكيه شاهد آخر ، بل الذى يزكيه هو مبلغ مايبعثه فى نفس القاضى من الاطمئنان إلى دقته ، والثقة فى أمانته[٣] .

---

(١) ولم يكن الأمر على هذا النحو فى القانون الفرنسى القديم . فقد كانت شهادة الواحد لاتكفى ، ويقول لوازيل Loisel فى هذا المعنى : Testis unus, testis nullus - Voix d'un, voix de nun (Institutes coutumières, liv. V; tit. V; régl. 10) .

(انظر أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٨) .

(٢) ونرى ذلك واضحاً فى الفقه الإسلامى . قال ابن جزى فى القوانين الفقهية فى مراتب الشهادات والشهود : «أما الشهادة فهى على ست مراتب : (الأولى) شهادة أربعة رجال وذلك فى الشهادة على الرؤية فى الزنا بإجماع . (والثانية) شهادة رجلين وذلك فى جميع الأمور سوى الزنا . و(الثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك فى الأموال خاصة دون حقوق الأبدان والنكاح والعتق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله . واختلف فى الوكالة على المال ، وأجازها أبو حنيفة فى النكاح والطلاق والعتق ، وأجازها الظاهرية مطلقاً . و(الرابعة) شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لايطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء ، وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا به عند الجيران وينتشر ، وقال الشافعى لابد من أربع نسوة ، وأجاز أبو حنيفة شهادة امرأة واحدة . و(الخامسة) رجل مع يمين وذلك فى الأموال خاصة . و(السادسة) امرأتان مع يمين وذلك فى الأموال أيضاً . فتلخص أن شهادة رجل وامرأتين أو رجل ويمين أو امرأتين ويمين مختصة بالأموال . وأما مراتب الشهود فهى أيضاً ست : (الأولى) العدل المبرز فى العدالة فتقبل شهادته فى كل شىء ولا يقبل فيه التجريح إلا بالعداوة . و(الثانية) العدل غير المبرز فتقبل شهادته فى كل شىء ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها . و(الثالثة) الذى تتوسم فيه العدالة . و (الرابعة) الذى لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرحة . و(الخامســة) الذى تتوسم فيه الجرحة . فلا تقبل شهادة هؤلاء الشهود دون تزكية . و(السادسة) المعروف بالجرحة فلا تقبل شهادته حتى يزكى ، وإنما يزكيه من علم توبته ورجوعه عما جرح به (القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٠٩ — ص ٣١٠) .

(٣) أنظر نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩ (الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده إلى وجدان القاضى) — ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٤ ص ٣٧٩ (تقدير أقوال الشهود مرهون بوجدان القاضى ، إلا أن يخرج بهذه الأقوال إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها) — ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠ (تستطيع محـكمة ثانى درجة أن تستخلص من أقوال الشهود مايغاير ما استخلصته منها محكمة الدرجة الأولى) — ٢٣ إبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦) ترجيح شاهد على شاهد هو من إطلاقات قاضى الموضوع) .

والقاضي يقدر ما إذا كانت البينة كافية . وله فى ذلك سلطان كامل ، لايخضع هنا أيضاً لرقابة محكمة النقض[1] .

ويتبين مما تقدم أن البينة حجة ليست مقيدة فحسب ، بل هى أيضاً غير ملزمة وغير قاطعة . ولـكنها حجة متعدية ، أى أن الوقائع التى تثبت بطريقها تعتبر ثابتة ، لا على من أقيمت فى مواجهته فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع من يتأثر بالحكم الذى صدر فى الدعوى .

المبحث الثالث

القواعد التى تتبع فى سماع البينة

١٦٩ — من مباحث قانون المرافعات : أما القواعد التى تتبع فى سماع الشهود فهى من مباحث قانون المرافعات . ونجتزىء هنا ببيان كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود ، وكيف تسمع الشهود ، متوخين الإيجاز .

١٧٠ — كيف تحال القضية الى التحقيق لسماع الشهود : فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ، ويرى القاضى أن هذا الإثبات مستساغ على النحو الذى يبناه ، يجوز للمحكمة ، من تلقاء نفسها متى رأت فى ذلك فائدة

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٨٨ — وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة كامل الحرية فى تقدير الدليل ، ومتى قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق كان لها أن تعتمد فى استجلاء الحقيقة على أية قرينة تطرح أمامها ، على أن تورد من الأسباب ما من شأنه أن يؤدى إلى ما قضت به (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) — انظر أيضاً : نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ (جواز الاعتماد على تحقيق إدارى فى دعوى إجارة بين الحكومة والأفراد) — ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٢ ص ٢٠٠ (جواز الاعتماد على تحقيق أمام المحكمة الإبتدائية بعد إلغاء حكمها استئنافيا) — ٢٩ يناير ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ (قصور فى استكمال التحقيق)— ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٩ ص ٤٤٥ (قصور فى التسبيب) — ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤ (قصور فى التسبيب : معاينة أجريت ولم تتكلم المحكمة عن نتيجتها) . ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ (قصور التسبيب فى إثبات مرض الموت) — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ =

للحقيقة أو بناء على طلب الخصم ، أن تأمر بالإثبات بالبينة[1] . والحكم الذى يصدر باحالة القضية إلى التحقيق لسماع الشهود يجب أن يبين فى منطوقه كل واقعة من الوقائع المأمور باثباتها ، واليوم الذى يبدأ فيه التحقيق ، والميعاد الذى يجب أن يتم فيه (م ١٨٩ — ١٩١ مرافعات) . وهذا هو ما يسمى بالتحقيق الفرعى (enquête incidente) .

١٧١ — كيف تسمع الشهود : يكون التحقيق — سماع الشهود — أمام المحكمة . ويجوز لها ، إذا خيف التعطيل ، أن تندب أحد قضاتها لإجرائه (م ١٩٣ مرافعات) .

والإذن لأحد الخصوم فى إثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق (م ١٩٢ مرافعات) . وفى هذا ضمان كبير اتخذ ضد تحيز الشهود أو ضعف ذاكرتهم أو عدم دقتهم عن طريق إيجاد

= مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص٧ (الأخذ بشهادة شاهد فى طريقة العمل ولو لم تكن له علاقة بالحادث) — ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ — ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨ (الأخذ بأقوال شهود سمعهم الخبير دون حلف يمين) .

على أن القول بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تقدير أقوال الشهود مشروط بألا يكون هذا التقدير مبنيا على سبب مخالف للثابت فى أوراق الدعوى . وإذن فمتى كانت المحكمة ، إذ قضت برد وبطلان العقد المطعون فيه بالتزوير ، قد صرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال شهود المدعى عليها فى دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سكتت عن الرد على ما جرحت به شهادتهم واستنتجت المحكمة من هذا السكوت صحة هذا التجريح ، وكان الثابت أن الطاعنة لم تسكت فى الرد على تجريح شهودها ، فإن الحكم يكون مبنيا على سبب لا سند له فى الأوراق ، مما يبطله ويستوجب نقضه فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥١ ص ٩٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للقاضى أن يقضى من تلقاء نفسه بإحالة القضية إلى التحقيق للإثبات بالبينة إذا رأى وجها لذلك وكان الإثبات بالبينة جائزاً قانونا . وعليه فى هذه الحالة أن يبين فى دقة الوقائع المراد إثباتها ، والخصوم هم الذين يحضرون شهودهم ، إثباتاً ونفياً (١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠) — وقضت أيضاً بأنه يجوز قبول طلب الخصم إحالة الدعوى إلى التحقيق دون أن يبين الوقائع المراد إثباتها ، ما دامت المحكمة تستطيع من تلقاء نفسها أن تفعل ذلك إذا رأت وجه المصلحة فيه (١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤) .

ضرب من التوازن بين شهود الإثبات وشهود النفي[١] . وتقضي المادة ١٩٤ من تقنين المرافعات بأن التحقيق يستمر إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ، ويجري سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي سمعت فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع . ويلاحظ أن تقنين المرافعات الجديد استوحى نظام المرافعات الشرعية في حصر الدليل ، فأوجب أن يكون للتحقيق ميعاد لايجوز مده أكثر من مرة واحدة (م ١٩٥ مرافعات) ، ولم يجز سماع شهود بناء على طلب الخصوم بعد إنقضاء ميعاد التحقيق ، وإن جاز ذلك بأمر المحكمة (م ١٩٦ مرافعات)[٢] .

ولابد من تحليف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ، وإلا كان التحقيق باطلا (م ٢١٢ مرافعات)[٣] . وإذا رفض الشاهد الحضور أو امتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو عن الإجابة ، حكم عليه بغرامة ، ويجوز للمحكمة إصدار أمر باحضاره (م ١٩٩ وم ٢٠١ مرافعات) .

ولا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ، إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب حداثة أو هرم أو مرض أو لأي سبب آخر (م ٢٠٣ مرافعات) .

وتثبت إجابات الشهود في المحضر . ولايجوز للشاهد أن يفشي سر وظيفته أو سر مهنته إلا باذن خاص ، ولا لأحد الزوجين أن يفشي سر الزوجية ولو بعد انقضائها بغير رضاء الزوج الآخر (م ٢٠٦ — ٢٠٩ مرافعات).

وبمجرد انتهاء التحقيق والفراغ من سماع الشهود تحدد أقرب جلسة لنظر

---

(١) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ : أن التحقيق ، وقد كان في خصوص مرض الموت ، لم تتح فيه للمتمسكين بالتصرف فرصة نفي يد المدعي ، والمقرر في الإثبات بالبينة أن يمكن الخصم من نفي الدليل الذي يقدمه خصمه نزولا على حكم المادة ١٨١ من قانون المرافعات (م ١٩٢ جديد) .

(٢) وقد أورد التقنين المدني العراقي سلسلة من النصوص في القواعد التي تتبع في سماع البينة ، تضاف إلى الأحكام التي قررها قانون أصول المحاكمات الحقوقية . وقد أريد بنصوص التقنين المدني تقريب الشقة ما بين النظرية الغربية في الشهادة ونظرية الفقه الإسلامي (انظر المواد ٤٩٢—٥٠١ من هذا التقنين) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٥ .

الدعوى (م ٢٢١ مرافعات)[1] .

الفرع الثانى

القرائن القضائية

١٧٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة[2] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن المادة ٢١٥/٢٨٠ من هذا التقنين كانت تبيح الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات . وكذلك كانت المادة ١١٧/٢٨٢ تبيح الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . فدل ذلك على أن البينة والقرائن متلازمان ، فما يجوز إثباته بالأولى يجوز إثباته بالثانية ، وهذا بالرغم من أن بعض النصوص كانت تكتفى بذكر البينة دون القرائن (م ٢٢٠ — ٢٢١/٢٨٥ — ٢٨٦) .

---

(١) انظر فى إجراءات التحقيق بصفة أصلية (enquête principale) المواد ٢٢٢—٢٢٤ من تقنين المرافعات .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٧ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ — ص ٤٣٠) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «استلهم المشروع فى هذه المادة أحكام التقنين الفرنسى (م ١٣٥٣) والتقنين الإيطالى (م ١٣٥٤) والتقنين الهولندى (م ١٩٥٩) والتقنين الكندى (م ١٢٤٢) والتقنين التونسى المراكشى (م ٤٤٤/ م ٤٠٠) والتقنين الأسبانى (م ١٢٥٣) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٠٥) وبوجه خاص أحكام المادة ٢٥١٩ من التقنين البرتغالى . ويقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون على تفسير القاضى لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيراً عقلياً لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التى يراد إقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ — ص ٤٥٩) .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى م ٩٢ : وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٠٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٩٥[1]

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥٣[2] .

١٧٣ — تعريف القرينة — نوعاه من القرائن : عرفت المادة ١٣٤٩ من التقنين المدنى الفرنسى القرائن بوجه عام بأنها هى « النتائج

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩٢ : ١ — القرائن القضائية هى القرائن التى لم ينص عليها القانون وأمكن القاضى أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضى استنباط هذه القرائن . ٢ — لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالشهادة . (ولا خلاف فى الحكم ما بين التقنين المصرى وقانون البينات السورى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٠٥ : ١ — يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ، وهى القرائن التى لم ينص عليها القانون وأمكن للمحكمة أن تستخلصها من ظروف الدعوى ، وأن تقتنع بأن لها دلالة معينة . ويترك لتقدير المحكمة استنباط هذه القرائن . ٢ — ولكن لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجوز الإثبات فيها بالشهادة» . (فحكم التقنين المدنى العراقى لايختلف عن حكم التقنين المدنى المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ : إن القرائن التى لم يقرها القانون تترك لبصيرة القاضى وحكمته . فيجب عليه ألا يقبل منها إلا القرائن الهامة الصريحة المتوافقة ، ولا يسعه قبولها إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون البينة الشخصية ، ما لم يكن سبب الطعن فى العقد الاحتيال أو الخداع ، أو تكن القرينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تعد تنفيذاً اختيارياً كلياً أو جزئياً للموجب المدعى به . (وهذا النص يوافق نص التقنين الفرنسى الذى سيأتى ذكره ، ولا خلاف فى الحكم بينه وبين نص التقنين المصرى . ويزيد التقنين اللبنانى أن التنفيذ الاختيارى قرينة على وجود الالتزام) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٥ : (مطابق لنص التقنين المدنى المصرى) .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٣ : القرائن التى لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضى وتقديره . ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية الدلالة ، دقيقة التحديد ، ظاهرة التوافق ، ولا يأخذ بها إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ، ما لم يطعن فى التصرف بالغش أو التدليس .

Art. 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

التى يستخلصها القانون أو القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة،
"Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu"

فهى إذن أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا ضرب من تحويل الإثبات (déplacement de preuve) من محل إلى آخر ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد . مثل ذلك أن تكون الزوجية قرينة على الصورية ، فالواقعة المعلومة هى قيام الزوجية بين المتعاقدين ، ويستدل القاضى من هذه الواقعة الثابتة على الواقعة المراد إثباتها ، وهى صورية العقد المبرم مابين الزوجين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون وجود سند الدين فى يد المدين قرينة على الوفاء ، فالواقعة المعلومة هى وجود سند الدين فى يد المدين ، ويستدل القاضى من هذه الواقعة على واقعة الوفاء . ومثل ذلك أخيراً أن يكون التصرف فى مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية ، فالواقعة المعلومة هى إبرام التصرف فى مرض الموت ، ويستدل القاضى منها على أن هذا التصرف وصية .

والقرائن ، كما قدمنا ، إما قرائن قانونية أو قرائن قضائية . فالقرائن القانونية (présomptions légales, présomptions de droit) هى التى ينص عليها القانون . وهى ليست طريقاً للاثبات ، بل هى طريق يعفى من الإثبات ، فسنبحثها إذن مع الإقرار واليمين . والقرائن القضائية (présomptions judiciaires, présomptions du fait de l'homme, présomptions simples) هى التى تترك لتقدير القاضى يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها ، وهى وحدها موضوع هذا البحث .

ونبحث : (أولا) عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضى فى تقديرها (ثانياً) تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية .

المبحث الأول

عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضى فى تقديرها

١٧٤ — **عنصراه للقرينة القضائية** : للقرينة القضائية عنصران :

(١) واقعة ثابتة يختارها القاضى من بين وقائع الدعوى ، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (indices) . وهذا هو العنصر المادى للقرينة . (٢) عملية استنباط يقوم بها القاضى ، ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وهذا هو العنصر المعنوى للقرينة .

١٧٥ — واقعة ثابتة يختارها القاضى : قد يستخلص القاض الدليل — إذا لم يوجد إقرار أو يمين أو قرينة قانونية — لا من ورقة مكتوبة ، ولا من بينة تسمع ، ولكن من ظروف القضية وملابساتها ، أو كما يقول التقنين المدنى العراقى (م ٥٠٥) من قرائن يستخلصها من ظروف الدعوى بعد أن يقتنع بأن لها دلالة معينة . وسبيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه فى الدعوى . قد يختارها من الوقائع التى كانت محل مناقشة بين الخصوم . وقد يختارها من ملف الدعوى ، ولو من تحقيقات باطلة . بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى ، كتحقيق إدارى أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ [١] .

وقد تكون الواقعة التى اختارها القاضى ثابتة بالبينة [٢] أو بورقة مكتوبة [٣] ،

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٨ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠٠٩ — وبذلك يخفف الأخذ بالقرائن القضائية من حدة التنظيم القانونى للإثبات . وإذا أعوز القاضى الدليل من ناحية الشكل لنقص فى شرعيته ، تلمسه من ناحية الموضوع فاعتبره قرينة (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٧ — فقرة ١٢٩٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلا إلى النتيجة التى تنتهى إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يعرفون أنه مدين للمدعى إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به ، فذلك فى حدود حقها الذى لا رقابة عليه لمحكمة النقض (نقض مدنى ٢٠ نوفبرسنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٢ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى إن هى أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الإثبات فى الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢) . وقضت كذلك بأن للقاضى أن يستنبط القرينة التى يعتمد عليها من أى تحقيق قضائى أو إدارى ومن شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمام النيابة فى التحقيق الذى أجرته ، فلا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت من تجهيل المتمسك بالورقة شخصية محررها قرينة تضيفها إلى ما استندت إليه فى قضائها بتزوير هذه الورقة (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٨ ص ٢٩٧) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أشار الحكم إلى كشوف التكليف وأوراد المال وإلى =

أو بيمين نكل الخصم عن حلفها (١)، أو باقرار من الخصم (٢)، أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة (٣)، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة (٤).

= انتقال تكليف جزء من الأطيان لاسم مورثة المطعون عليهم وقت أن كان مورث الطاعنين عمدة البلدة الواقعة فيها الأطيان موضوع النزاع باعتبارها قرائن تعزز وضع يد المطعون عليهم بنية التملك ، فليس فى هــذا ما يخالف القانون (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٩ ص ٧٥٠) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المخالصة التى اعتمد عليها البائعان فى إثبات الوفاء بالتزامهما ليست إلا أمراً صادراً إليهما من المشترى بتسليم البضاعة إلى أمين النقل ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن هذه المخالصة ، وإن كانت قرينة على حصول التسليم ، إلا أنه يصح دحضها بكافة القرائن الأخرى ، فليس فيما قرره ما يخالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٣ ص ٢٠٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا تثريب على محكمة الموضوع إن هى استخلصت من نكول الطاعن عن اليمين لدى المحكم بألا حق للمطعون عليه فى القناة موضوع النزاع ، قرينة على عدم أحقية الطاعن فى طلب منع تعرض المطعون عليه ، ومن ثم فإن الطعن على الحكم استناداً إلى أنه أخطأ فى تطبيق القانون ، إذ اعتبر أن نكول الطاعن عن هذه اليمين موجب للحكم عليه فى حين أنه لم توجه إليه يمين قضائية بالمعنى القانونى – هذا الطعن يكون على غير أساس (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٢ ص ٢١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بألا تثريب على محكمة الموضوع إن هى اتخذت من تراخى الطاعن فى تسجيل عقد البيع الصادر له من مورثه قرينة ضمن قرائن أخرى على أن العقد صدر فى فترة مرض موت البائع وأن تاريخه قدم لستر هذه الحقيقة ، إذ هى لم تجاوز سلطتها فى تقدير الأدلة وفهم الواقع فى الدعوى (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٧ ص ٧٩٥) . وظاهر أن تراخى الطاعن فى تسجيل العقد أمر معترف به .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يمكن اتخاذ القرائن القوية دليلا على حصول المصالحة بين الخصوم حتى بعد صدور الأحكام النهائية لمصلحة فريق منهم ، كما لو قام فى تنفيذ تلك الأحكام إشكالات معرقلة للتنفيذ أولا ، ثم مر على تلك الأحكام مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له الإجراءات القانونية لتنفيذها ، مما لا يتصور معه سكوته هذه المدة دون أن يكون هناك صلح (١٥ يونية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧) . فهنا استنبطت المحكمة ، أولا ، من قيام الإشكالات ومرور مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له إجراءات التنفيذ ، أنه تنازل عن تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته . فتكون هذه الواقعة – التنازل عن تنفيذ الحكم – قد ثبتت عند المحكمة عن طريق قرائن قضائية . ثم اتخذت المحكمة بعد ذلك من واقعة التنازل عن تنفيذ الحكم قرينة على وقوع صلح بين المحكوم له والمحكوم عليه – كذلك قد يثبت عقد القرض عن طريق قرينة قضائية هى دفع الفوائد ، ثم يتخذ عقد القرض ذاته قرينة قضائية على أن البيع الذى دفع بمقتضاه المقترض الثمن إلى المقرض – وسنرى هذا المثل فيما يلى – إنما هو بيع صورى .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضى الموضوع حر فى استنباط القرائن التى يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها . وإذن فمتى كان الحكم إذ استند إلى شهادة الشهود الذين =

يقف القاضي إذن عند واقعة يختارها ثبتت عنده ، ولتكن واقعة قرض ثبتت بورقة مكتوبة أو ببينة أو بقرينة أو بغير ذلك . والقاضي حر فى اختيار الواقعة التى يقف عندها ، إذ يراها أكثر مواتاة للدليل وأيسر فى استنباط القرينة.

١٧٦ — استنباط الواقعة المراد اثباتها من الواقعة الثابتة : ويبدأ بعد ذلك أشق مجهود يبذله القاضي فى استخلاص الدليل . إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة التى يراد إثباتها ، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة . ففى المثل المتقدم لا يكون القاضي متعنتاً إذا هو استخلص من واقعة القرض التى اختارها أن المقترض كان فى حاجة إلى المال عند ما عقد القرض ، فاذا ادعى أنه اشترى ، بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن يفى بالقرض ، داراً من المقرض بثمن يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، ودفع له الثمن فى الحال ، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة . فاذا طعن شخص فى عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقترض بأنه بيع صورى ،أو دفع بصورية دفع الثمن، كان للقاضي أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقترض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ القرض ،كان له أن يستخلص من كل ذلك قرينة على أن المقترض لم يدفع الثمن إلى المقرض ، فتكون هذه القرينة القضائية دليلا على الصورية .

= سمعهم خبير الدعوى انما استند إليها كقرينة مضافة إلى قرائن أخرى فصلها وهى فى مجموعها تؤدى إلى ما انتهى إليه ،فلا تثريب عليه إذا هو استمد إحدى القرائن من شهادة الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى دون أن يؤدوا اليمين القانونية . وإذا كان الحكم مقاماً على جملة قرائن فصلها ، يكمل بعضها بعضاً ، وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه لا تجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٣ ص ٥٤٨) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم قد أقام قضاءه على عدة قرائن مجتمعة ، بحيث لا يعرف أيها كان أساساً جوهرياً له ، ثم تبين فساد بعضها ، فإنه يكون باطلا بطلاناً جوهرياً (نقض مدنى ٢ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٧ ص ٧٨٦ — وانظر أيضاً : ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٦ ص ٤٥٨ — أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤٢ ص ٥٧٢ — ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٢ ص ١٠٩٥) . وكذلك الحال فيما إذا قام الحكم على أدلة متعددة دون أن يبين قيمة كل دليل منها ، فإذا تبين فساد أحد هذه الأدلة فسد معه الحكم (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠١ ص ٤٣٧). أما إذا صرح الحكم بقيمة كل =

١٧٧ — سلطة القاضي واسعة في التقدير : وقد رأينا فيما تقدم أن للقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القانونية . فهو حر في اختيار واقعة ثابتة ، من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه ، لاستنباط القرينة منها ، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة ، وهذا هو الاستنباط . وفيه تختلف الأنظار ، وتتفاوت المدارك . فمن القضاة من يكون استنباطه سليما فيستقيم له الدليل ، ومنهم من يتجافى استنباطه مع منطق الواقع . ومن ثم كانت القرينة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقعة الثابتة التي تستنبط منها القرينة ، ومن أخطرها من حيث صحة الاستنباط واستقامته(١) .

والقاضي ، فيما له من سلطان واسع في التقدير ، قد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة ، ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متهافتة (٢). وأما ما يذكره التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٣) من وجوب اجتماع قرائن قوية الدلالة دقيقة التحديد ظاهرة التوافق ، فليس إلا من قبيل توجيه القاضي (٣) . ويبقى حق التقدير النهائي في ذلك له . ولا تعقب عليه محكمة النقض في

= دليل ، فإن فساد دليل لا يعيب من الحكم إلا ما استند منه إلى هذا الدليل (نقض مدني ٣ يونية سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٠ ص ٦٣٤) . أنظر في تعدد الأدلة وأثر فساد بعضها في صحة الحكم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٢ .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٥ ص ١٠٠٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ وهامش رقم ٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠١٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٢ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٨١ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — ٣٨٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠١٠ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وللقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن . على أن إجماع الفقه قد انعقد على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها . فقد تجزىء قرينة واحدة ، متى توافرت على قوة الإقناع . ولذلك لم ينقل المشروع عن التقنين الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي ما نصا عليه من إلزام القاضي « بألا يقبل إلا قرائن قوية محددة متطابقة » . فالفقه والقضاء على أن هذا النص ليس إلا مجرد توجيه ، مع أن ظاهره قد يوحي خطأ بأنه يقيم شرطا لقبول الإثبات بالقرائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩ — ص ٤٣٠) — انظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٨ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٢ — ديكوتيني فقرة ١١٢ — الموجز للمؤلف ص ٧٣٠ .

هذا التقدير[١] ، ما دامت القرينة التي اعتبرها دليلا على ثبوت الواقعة تؤدى عقلا إلى ثبوتها[٢] .

١٧٨ — لا يجوز أن يثبت بالقرائن القضائية إلا ما يجوز إثباته بالبينة :

وترى مما تقدم أن الإثبات بالقرائن القضائية لا يخلو من الخطر . فالقاضي ، كما رأينا ، يتمتع فى استنباط القرينة القضائية بحرية واسعة ، فى ميدان تتفاوت فيه الأفهام ، وتتباين الأنظار . فليس ثمة من استقرار كاف فى وزن الدليل ، وما يراه قاض قرينة منتجة فى الإثبات لا يرى قاض آخر فيه شيئاً .

من أجل ذلك كانت القرينة القضائية ، كدليل إثبات ، دون منزلة الكتابة ، فهي تتساوى فى منزلتها مع البينة[٣] . ولا يجوز الإثبات بقرينة قضائية إلا

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦ .

(٢) نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ — وقد جاء فى هذا الحكم ما يأتى : «لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضاءها بثبوت الربا الفاحش على أن القروض قد عقدت فى ظروف أليمة ، خلال مدة الحرب ، فى بلد يحتله العدو ، على أن تسدد بالعملة المصرية ، ودونت فى مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها ، وعلى أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقترضين كانوا فى حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا إذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء إلى الطاعن الثانى وغيره للاقتراض منهم ، وكانت هذه الظروف التى اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدى عقلا إلى ثبوته — ذلك لأن كل مدين لا يلجأ إلى الاقتراض عادة إلا إذا كان فى ظروف تضطره إليه ، فليست هذه الضرورة فى حد ذاتها دليلا على ثبوت الربا الفاحش ، وكذلك لا يؤدى إلى إثباته خلو سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها . وكان للمحكمة متى رجح لديها من قرائن الحال فى الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم بأنهم لم يستلموا فى مقابلها سوى المبالغ التى أقروا بها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد نقل عبء الإثبات من عاتق المدينين بمقتضى السندات موضوع الدعوى إلى عاتق الدائن استناداً إلى قرائن غير مؤدية لإثبات الربا الفاحش ، فإنه يكون قد خالف قواعد الإثبات ، فضلا عن قصوره فى التسبيب مما يستوجب نقضه» (نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) . انظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية ٩ مايو سنة ١٩٥١ دالloز ١٩٥١ ص ٤٧٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٢ ص ٣٩٨ .

(٣) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٠ — الموجز للمؤلف ص ٧٢٥ .

حيث يجوز الإثبات بالبينة[1] (م ٤٠٧ مدنى)[2] .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لما كان الإثبات بالقرائن جائزاً فى جميع الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة لاتحاد الحكم فى الحالتين ، جاز للمحكمة أن تستند فى إثبات صحة التوقيع على نفس الأوراق التى رفضت المضاهاة عليها ، إن لم يكن باعتبارها أوراقا للمضاهاة فللقرائن التى قد تستنبطها المحكمة من هذه الأوراق (٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٦ ص ٤٤٩) . وقضت كذلك بأن عدم قبول الإثبات بشهادة الشهود ينبنى عليه أيضاً عدم جواز الأخذ فيها بالقرائن (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤) . انظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦١ — ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٢٨ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٤ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ — ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٨ — ٨ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٦ — ١٨ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ .

وجاء فى الموجز للمؤلف : « وتقبل القرائن القضائية أيان تقبل البينة . وقد رأينا أن البينة والقرائن أمران متلازمان ، فا يمكن إثباته بالبينة يمكن إثباته بالقرائن ، والعكس صحيح . وهذا بخلاف القرائن القانونية ، فإنها لاتقبل إلا فى الفروض التى نص عليها المشرع (الموجز ص ٧٣٠) — هذا ولو جاز أن يثبت بالقرائن القضائية ما لا يجوز إثباته بالبينة ، لأمكن دائماً الاحتيال على النصوص التى لا تجيز الإثبات بالبينة ، فحيث يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ولا يجوز الإثبات بالبينة ، يمكن مع ذلك سماع البينة على اعتبار أنها ليست إلا قرائن قضائية (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Présomption فقرة ٦١) .

(٢) وقد قررت المادة ١٣٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم أيضاً ، ولكنها استثنت التصرفات التى يطعن فيها بالغش أو بالتدليس ، فيجوز إثباتها بالقرائن القضائية . وظاهر أن إيراد الحكم على هذا النحو منتقد ، فإن التصرفات التى يطعن فيها بالغش يجوز إثباتها بالبينة بقدر ما يجوز ذلك بالقرائن القضائية . وإنما يرد الاستثناء المتعلق بالغش على الإثبات بالكتابة لا على الإثبات بالبينة (بوتييه فقرة ١٨٥ — ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٥ — لوران ١٩ فقرة ٦٣٣ — فقرة ٦٣٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٧ بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٠ ص ٣٩٦ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى : « ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبينة فى المرتبة الثانية . ولذلك نص على أنه «لا يجوز الاثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة » . ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسرى على القرائن دون أى استثناء . وقد أخطأ التقنين الفرنسى (م ١٣٥٣) والتقنين الهولندى (م ١٩٥٩) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٠٣) فى النص على عدم جواز الإثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة ما لم يطعن فى الورقة بسبب غش أو تدليس . ذلك أن سياق هذا الاستثناء قد يوحى بأن وقائع الغش والتدليس لايجوز إثباتها بالبينة ، مع أنها من قبيل الوقائع القانونية التى يمتنع تحصيل دليل كتابى مهياً بشأنها . ومن المحقق أن إثبات هذه الوقائع بالبينة جائز ، =

ولايفوتنا هنا أن نشير إلى ما سبق أن ذكرناه فى عبء الإثبات من أن هذا العبء ينتقل فى الواقع من خصم إلى خصم وفقاً للقرائن القضائية التى يستخلصها القاضى من ظروف الدعوى . فالقاضى يأخذ بالقرائن القضائية ، لا للاثبات الكامل فحسب ، بل أيضاً لنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب ، ثم لرده إلى الجانب الأول (١) .

والقرينة القضائية كالبينة حجة متعدية غير ملزمة ، وهى أيضاً كالبينة غير قاطعة ، إذ هى دائماً تقبل إثبات العكس ، إما بالكتابة أو بالبينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك ، فهى من هذه الناحية كالقرينة القانونية غير القاطعة .

المبحث الثانى

تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية

١٧٩ — تكييف القرائن بوجه عام : القرينة ليست إلا نقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها ، إذا ثبتت اعتبر ثبوتها دليلا على صحة الواقعة الأولى .

ويقول بارتان فى هذا المعنى : «تقتضى طبيعة الأمور أن نستبدل باثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به ، وهى واقعة يتعذر إثباتها ، إثبات واقعة أخرى قريبة منها (voisin) ومتصلة بها (connexe) . ويطلب الخصم من القاضى أن يستخلص من صحة الواقعة الثانية ، عن طريق استنباط يطول أو يقصر ، صحة

= وهو جائز بالقرائن تفريعاً على ذلك . ولهذا يكون الاستدراك الذى تقدمت الإشارة إليه خلواً من معنى الاستثناء ، ويكون إغفاله أكفل بدفع الشبه والتلبيس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩) .

(١) فعلاقة الزوجية أو القرابة قرينة على صورية العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود أثاث منزل الزوجية لزوجين مسلمين قرينة على أن الأثاث ملك الزوجة إلى أن يثبت العكس (الموجز للمؤلف ص ٧٣٠) . انظر أيضاً : استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨ (كشف المكلفة قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس) — استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٣ ص ٣٧٥ (عدم دفع أمانة الخبير الذى طلبه المستأنف قرينة على عدم وثوق المستأنف من صحة دفاعه) .

الواقعة الأولى التى لا يتمكن من إثباتها بطريق مباشر ، فيتحول محل الإثبات على نحو ما. وهذا ما اقترح تسميته بتحول الإثبات (déplacement de preuve) ، وهو من الخصائص الجوهرية للاثبات القضائى» (١) .

فى القرينة القضائية القاضى هو الذى يختار هذه الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها . أما فى القرينة القانونية فالقانون هو الذى يتولى هذا الاختيار (٢) .

وهذه الواقعة القريبة المتصلة — وهى الأمارة (indice) — لا تعطى للقاضى إلا علماً ظنياً . وبالاستنباط ينتقل القاضى من العلم الظنى إلى العلم اليقينى (de la vraisemblance à la certitude) ، ومن الراجح إلى المحقق (de la probabilité au réel)(٣)

١٨٠ — تحول القرائن القضائية الى قرائن قانونية : يقول بارتان هنا أيضاً : «أن القرينة القانونية ليست فى الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها وبتنظيمها» (La présomption légale n'est, au fond, qu'une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi) وهذا صحيح من حيث التكييف والتأصيل . فالقرينة القانونية ليست فى الأصل إلا قرينة قضائية تواترت واضطرد وقوعها ، فاستقر عليها القضاء . ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى ، فرأى المشرع فى اضطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها ، فتصبح بذلك قرينة قانونية(٤).

---

(١) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر .

(٢) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢٦ مكرر وفقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر .

(٣) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٨٩ .

(٤) بل يمكن دون نص قانونى — على ما يقول بعض الفقهاء — أن يكون القضاء عرفاً ثابتاً يعتبر مصدراً منشئاً لقرينة قانونية ، فالقرينة يكون مصدرها القانون والقانون هنا يكون مصدره العرف (انظر ديكوتينيس (Decottignies) فى القرائن فى القانون الخاص رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ ص ٢٩٧) . مثل ذلك مسئولية حارس البناء فى ظل التقنين المدنى السابق ، فقد كانت مسئوليته فى هذا التقنين قائمة على قرينة مبنية على وجود عيب فى البناء أو نقص فى صيانته ، ولكنها قرينة لم يكن التقنين السابق ينص عليها ، ومع ذلك تواترت حتى ذهب بعض=

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر بعضها :

يشترط فى نجاح الدعوى البوليصية فى المعاوضات أن يكون المدين معسراً ، وأن يكون هناك تواطؤ بين المدين ومن تصرف له . فكان إعسار المدين تقوم عليه ، فى ظل التقنين المدنى السابق ، قرينة قضائية ، تحولت فى التقنين المدنى الجديد إلى قرينة قانونية ، إذ تنص المادة ٢٣٩ من هذا التقنين على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » .

وكانت هناك ، فى ظل التقنين السابق ، سلسلة من القرائن القضائية تقوم دليلا على غش المدين وتواطئه مع من تصرف له بعوض . وقد تحولت هذه القرائن القضائية إلى قرائن قانونية فى التقنين المدنى الحالى ، إذ تنص المادة ٢٣٨ من هذا التقنين على أنه «إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

وجرى القضاء ، فى ظل التقنين المدنى السابق ، على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة[1] . واضطرد هذا القضاء واستقر ، فارتفعت هذه القرينة القضائية فى التقنين المدنى الجديد إلى منزلة القرينة القانونية ، إذ نصت المادة ٥٨٧ من هذا التقنين على أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » .

وقد يقع ، على النقيض من ذلك ، أن قرينة قانونية تنزل إلى قرينة قضائية ،

= الأحكام إلى اعتبارها قرينة قانونية . وتحولت فعلا إلى قرينة قانونية فى التقنين المدنى الجديد (م ١٧٧) (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٥٧) — انظر أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٠ .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٠ .

كما وقع فى القرينة المستفادة من وجود سند الدين فى يد المدين . فقد كان التقنين المدنى السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يجعله قرينة قانونية على الوفاء ، إلى أن يقيم الدائن الدليل على العكس (م ٢٢٠/٢٨٥) . ولم يستبق التقنين المدنى الجديد هذا النص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية .

وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من حيث التكييف والتأصيل ، إلا أنهما تختلفان من حيث مهمة كل منهما . فالقرينة القضائية طريق إيجابى من طرق الإثبات . أما القرينة القانونية فهى ، كما قدمنا ، إعفاء من الإثبات ، مؤقت أو دائم وفقاً لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك[1] .

---

(١) ونستطيع الآن أن نستخلص أهم الفروق مابين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما يأتى : (أ) القرائن القضائية أدلة إيجابية ، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أى أنها تعفى من تقديم الدليل . (ب) لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضى والقرائن القانونية يستنبطها المشرع ، فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لايمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية ، أما القرائن القانونية فمذكورة على سبيل الحصر فى نصوص التشريع . (جـ) القرائن القضائية كلها غير قاطعة ، فهى قابلة دائماً لإثبات العكس ، ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لايقبل الدليل العكسى . (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٤ — وانظر فى مقارنة شاملة مابين القرائن القضائية والقرائن القانونية ديكوتينيس فقرة ١١٤ – فقرة ١١٥) .

وانظر فى القرائن القضائية فى الفقه الإسلامى ، الأستاذ أحمد إبراهيم فى كتاب «طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية» ص ٤٣٠ – ص ٤٣٣ ، وفى القرينة القضائية القاطعة ص ٤٢ – ص ٦١ من الكتاب ذاته .

الفصل الثانى

قوة البينة والقرائن فى الاثبات

١٨١ — **قوة مطلقة وقوة محدودة** : تقضى المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى بأن التصرف القانونى ، فى غير المواد التجارية ، لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .

فالقوة المحدودة فى الإثبات للبينة والقرائن إنما هى فى ميدان التصرفات القانونية المدنية . ويستخلص من ذلك أن للبينة والقرائن قوة مطلقة فى الإثبات خارج هذا الميدان . فتكون لها هذه القوة المطلقة فى الوقائع القانونية المادية (faits juridiques matériels) وفى التصرفات القانونية التجارية (actes juridiques commerciaux)

الفرع الأول

قوة الاثبات المطلقة للبينة والقرائن

المبحث الأول

الوقائع القانونية المادية

١٨٢ — **طبيعة الوقائع المادية تستعصى على فرض الكتابة للاثبات** : هناك فرق واضح بين التصرف القانونى والواقعة المادية .

فالتصرف القانونى إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر . ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجى هو التعبير ، فان القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير ، كقاعدة عامة ، إلا عن طريق الكتابة ، وذلك لاعتبارين أساسيين : (١) لأن التعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانونى أمر دقيق ، قد يغم على الشهود فلا يدركون معناه ، ولا يؤدون الشهادة

فيه بالدقة الواجبة ، وسنعود إلى هذا الاعتبار عند الكلام فى إثبات التصرف القانونى . (٢) والتصرف القانونى ، فوق ذلك ، هو الذى تستطاع تهيئة الدليل الكتابى (preuve préconstituée) عليه وقت وقوعه ، ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً .

أما الواقعة المادية فلا يقوم فى شأنها أى من الاعتبارين المتقدمين . فهى تحدث ، وتراها الناس ، فلا تختلف أفهامهم كثيراً فى روايتها كما وقعت ، إذ هى ليست من الدقة والتعقيد بالمنزلة التى رأيناها للتصرف القانونى . وهب أن واقعة مادية كانت من الدقة بحيث تختلف أفهام الناس فى إدراكها ، فهل يكون ميسوراً تسجيلها بالكتابة عند وقوعها ؟ قليل من الوقائع هو الذى يتيسر فيه ذلك . وقد عمد المشرع إلى الخطير من هذه الوقائع ، كالميلاد والموت ، فأوجب تسجيله بالكتابة على نحو خاص [١]. أما الكثرة الغالبة من الوقائع المادية التى تحدث آثاراً قانونية فلا يتيسر إثباتها بالكتابة . فيكفى إذن إثباتها بالبينة وبالقرائن . بل ينفتح فى إثباتها جميع أبواب الإثبات ، وبخاصة باب المعاينة فهو من أرحب الأبواب للوقوف عليها [٢] .

١٨٣ — أنواع الوقائع المادية : والوقائع المادية التى تحدث آثاراً قانونية كثيرة متنوعة .

---

(١) وضع القانون نظاماً خاصاً لإثبات المواليد والوفيات بقيدها فى سجلات خاصة يجوز الحصول على مستخرجات منها (القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦) . وكذلك نصت لائحة المحاكم الشرعية على طرق معينة تثبت بها الوفاة والوراثة أمام تلك المحاكم (م ٣٥٥ — ٣٦١) .
وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لايمكن إثبات الوفاة إلا بمستخرج من سجل الوفيات (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) . ونصت المادة ٣٠ من التقنين المدنى على أنه «١ — تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢ — فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى» .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٣٣ (خدمات أديت هى السبب فى الالتزام) — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٩ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ — والمعاينة لها صور متنوعة ، فقد تكون ثابتة فى محضر انتقال المحكمة للمعاينة ، أو فى تقرير الخبير الذى انتدبته المحكمة فى دعوى إثبات الحالة ، أو فى محضر تحقيق جنائى أو إدارى ، أو غير ذلك .

منها ما يكون مصدراً للالتزام ، كالعمل غير المشروع[1] ، والبناء والغراس في الإثراء على حساب الغير ، والقيام بأعمال مادية في الفضالة ، والجوار والقرابة في الالتزامات القانونية .

ومنها ما يكون سبباً لكسب الحقوق العينية ، كالموت والميلاد في الميراث (وهذان يراعى في إثباتهما أوضاع خاصة كما قدمنا) ، والحيازة ، والاستيلاء ، والبناء والغراس في الالتصاق ، ومضى الزمن في التقادم ، والجوار في الشفعة .

ومنها ما يحدث آثاراً قانونية أخرى ، كانتزاع الحيازة في قطع التقادم ، واستعمال حقوق الارتفاق بعد تركها ، وتنفيذ الالتزامات عن طريق أعمال مادية[2] ، والعلم بالإعسار أو بالسفه [3] أو بالعيوب الخفية أو بالبيع في

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختلاس الورثة بعض أعيان التركة يثبت بجميع الطرق (١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٠) . وقضت أيضاً بأنه يمكن إثبات العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب بجميع الطرق (٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات التصرف القانونى بالقرائن إذا كان قد بدىء فى تنفيذه بعمل مادى ، وذلك دون نظر لقيمة ما تم من أعمال التنفيذ المادية (١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٨) ـ وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن البدء فى التنفيذ إذا كان مادياً ، كالبدء فى البناء ، جاز إثباته بجميع الطرق ، وإن كان تصرفاً قانونياً كالوفاء فلا يثبت بالبينة إذا زاد على عشرة جنيهات (٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨ ص ٣٤) .

ويقرب من ذلك أن يكون مظهر التعبير عن الإرادة ، لا عملا تنفيذياً مادياً ، بل وضعاً مادياً يستخلص منه الرضاء . ويبدو أنه يجب التمييز ، فى هذا الوضع المادى ، بين التعبير عن الإرادة فى ذاته ويكفى فيه الوضع المادى ، وبين إثبات هذا التعبير ولا يجوز إلا بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٩٥ — ٣٩٦ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات وفقرة ١٧٠ وفقرة ١٩٠) . فالقسمة مثلا عقد لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما جاوز النصاب (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٦) ، حتى لو استخلصت القسمة ضمناً من أعمال مادية تدل عليها ، ما لم تكن هذه الأعمال المادية هى تنفيذ فعلى للقسمة (قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١) — وانظر أيضاً التجديد الضمنى للإيجار ، إذ البقاء فى العين المؤجرة يعتبر عملا مادياً تنفيذياً للإيجار الجديد .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العلم بقيام حالة السفه والإقدام على التعامل مع السفيه وقت قيامها للاستفادة منها والرغبة فى الهروب من أحكام القانون ، كل هؤلاء من الوقائع التى يصح إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة والقرائن (٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٤٤ ص ٤٦١) .

الشفعة(١) أو بغير ذلك من الوقائع(٢) ، والتواطؤ ، والغلط والتدليس(٣) والإكراه والاستغلال ، والعرف إذا كان ملحوظا فى العقد .

فالقاعدة العامة فى هـذه الوقائع المادية ، التى أوردنا بعض أمثلة منها ، أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن . فللبينة والقرائن إذن ، فى ميدان الوقائع المادية ، قوة مطلقة فى الإثبات ، تستوى فى ذلك مع الكتابة ، بل قد تزيد عليها من ناحية الحاجة إليها .

١٨٤ — وقائع مادية تستوقف النظر : وهناك حالات للوقائع المادية تحتاج إلى إمعان فى النظر .

فهناك وقائع مختلطة (faits mixtes) ، يقوم فيها العمل المادى إلى جانب التصرف القانونى ، وذلك كالوفاء والإقرار ، فهذه حكمها فى الإثبات حكم التصرفات القانونية ، لا تثبت فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . أما الاستيلاء

---

(١) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ — ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ — ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات واقعة انتشار الاختراع بكافة الطرق القانونية لأنها من الوقائع المادية ، والأدوات المطبوعة والكتالوجات يجوز أن يستنتج منها القرائن التى تشير إلى انتشار الاختراع (١٥ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٩ ص ٣٩٦) .

(٣) ويجوز إثبات التدليس بجميع الطرق حتى فيما بين المتعاقدين (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٤ — ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ — ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ — محكمة أسيوط الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣٢ ص ٢٦١) — ومما يدخل فى إثبات التدليس إثبات الفوائد الربوية ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق بشرط أن تكون هناك قرائن قوية على وجودها (استئناف أهلى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٩٧ — ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨ — أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١١ — ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٩ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٨) .

فواقعة مختلطة ، ولكن يغلب فيها طابع العمل المادى ، ومن ثم تثبت بالبينة والقرائن .

وهناك وقائع مركبة (faits complexes) ،كالشفعة . وهذه تجتمع فيها جملة من الوقائع : الجوار وهو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق ، وبيع العين المشفوع فيها وهو بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أيضاً تثبت بجميع الطرق ، وإرادة الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى لا يثبت إلا بالكتابة بل لا بد من طريق خاص فى التعبير عن الإرادة هنا بينه القانون .

والحيازة واقعة مادية [1] ، ولكن قد يداخلها تصرف قانونى . فاذا أراد المالك أن يثبت أن الحائز للعين هو مستأجر منه ، وجب عليه أن يثبت عقد الإيجار بالكتابة إذا زاد على النصاب . أما إذا أراد إثبات أن الحائز لا يقوم بأعمال الحيازة لحسابه الشخصى بل باعتباره مستأجراً فلا يستطيع التملك بالتقادم ، كان كل من الحيازة والإيجار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق [2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا . فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق ، فيجب الأخذ بهذا الواقع واطراح ما هو غير حاصل . وإذن فلا على المحكمة إذا هى أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق ، وكلفت المدعى فيها إثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق (نقض مدنى ١٥ يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٢ ص ٦١١) — وقضت أيضا بأنه لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وكان القانون لا يشترط مصدراً معيناً يستقى منه القاضى الدليل ، فإنه لا حرج على المحكمة إذا هى أقامت قضاءها فى هذا الخصوص على ما استخلصته من أوراق أو مستندات تمليك أو حتى من أقوال وردت فى شكوى إدارية (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تملك حق ارتفاق مستمر ظاهر بالتقادم يجوز إثباته بجميع الطرق (١٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وقضت أيضا بأن البقاء فى العين المؤجرة أو إخلاءها واقعة مادية تثبت بجميع الطرق (٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن نفت صفة الظهور عن وضع يد المدعى ، وبعد أن قررت أن شهوده لم يبينوا صفة وضع يده ، فأثبتت بذلك عجزه عن إثبات ظهوره مظهر المالك ، قد استطردت فقالت إن المدعى عليه يقول إن المدعى إنما وضع يده بصفته مستأجراً وإن ظروف الدعوى وملابساتها وأوراقها تدل على صدق قوله ، فذلك من المحكمة ليس حكما بقيام عقد الإيجار بين طرفى الدعوى حتى كان يصح النعى عليها أنها خالفت فيه قواعد إثبات =

والغير فى التصرف القانونى يجوز له إثبات هذا التصرف بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً فيه ، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية[1] . وحتى فيما بين المتعاقدين قد يقع لبس فيما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً فلا يثبت إلا بالكتابة ، أو واقعة مادية فتثبت بجميع الطرق[2] .

= عقد الإيجار ، بل هو استكمال لما ساقته نفيا لما ادعاه المدعى من أنه فى وضع يده على المنزل كان ظاهراً بمظهر المالك (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٠٣). ولكن إذا أريد إثبات الحيازة ذاتها عن طريق تصرفات قانونية لا عن طريق أعمال مادية ، كما إذا تمسك الخصم لإثبات حيازته بعقد مقايضة وقع على الأرض المتنازع عليها ، فإنه لا يجوز إثبات عقد المقايضة إلا بالكتابة (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٩) . انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٢ والهامش رقم ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٨٠ — لوران ١٩ فقرة ٤٣٢ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٠ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٥٢١ .

(١) وفى رأينا أن هذه القاعدة ليست تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأنه يجوز الإثبات بجميع الطرق عند قيام مانع من الحصول على الكتابة . فالمانع من الحصول على الكتابة الذى يبرر الإثبات بغيرها يجب أن يكون كما سنرى مانعاً ذاتياً ، أى فى قضية بذاتها ، لا مانعاً موضوعياً عاماً يتحقق فى جميع الأقضية . وهنا المانع موضوعى عام لا ذاتى خاص ، إذ أن كل « غير » ليس طرفاً فى العقد يتعذر عليه الحصول على دليل كتابى . ومن ثم تكون هذه القاعدة مستقلة عن قاعدة قيام المانع ، وتتلخص فى أن الغير يجوز له إثبات التصرف القانونى بجميع الطرق إذا كان هذا التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية (قارن استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦) . ويترتب على ذلك أنه يجوز للشفيع — وبيع العقار المشفوع فيه يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية — أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد فى هذا العقد أعلى من الثمن الحقيقى بقصد منعه من استعمال حقه فى الأخذ بالشفعة ، وللمحكمة أن تقضى عليه بدفع الثمن الذى ثبت من شهادة الشهود ومن تقدير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقى (استئناف أهلى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧). ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير — وعقد الاشتراط يعتبر بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية — لا يجوز له أن يثبت هذا العقد إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات إلا بالكتابة . وكذلك يفعل الدائن إذا كان المدين قد التزم نحوه بإرادته المنفردة ، لأن هذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة إلى الدائن ، وسيأتى بيان ذلك .

(٢) وعلى القاضى أن يتبين ما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ثم يجرى بعد ذلك حكم القانون . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى قد قضى بإلزام المدعى عليه بمبلغ معين على أنه ثمن بضاعة ، مقيماً هذا القضاء على ثبوت حصول اتفاق شفوى بين المدعى والمدعى عليه لاحق للعقد المكتوب بينهما فى شأن توريد هذه البضاعة ، وأن المدعى عليه قد تخلف عن تسلمها برغم دعوته إلى ذلك بإنذار وجهه إليه المدعى، ثم جاءت محكمة =

وفى الإخلال بالتزام عقدى ، يجوز إثبات العمل المادى الذى يكون واقعة

= الاستئناف فاستظهرت من صحيفة الدعوى وأوراقها ودفاع طرفيها أنها مؤسسة على هذا الاتفاق المدعى لا على العقد المكتوب بين طرفيها ، وقضت برفضها بناء على أن المدعى قد عجز عن إثبات حصول هذا الاتفاق ، فإنها لا تكون قد أخطأت . ولا يقبل من المدعى أن ينعى عليها أنها قد مسخت دعواه إذ اعتبرتها مؤسسة على الاتفاق المذكور فى حين أنها دعوى بتعويض عن عدم تنفيذ العقد المكتوب ، ما دام المبلغ الذى طلبه إنما كان بناء على الاتفاق الخاص الذى زعم أنه تم بينه وبين المدعى عليه بعد العقد المكتوب بينهما ، لا على أساس هذا العقد (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٧ ص ٢٩٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فى حيازته مادياً من عقار أو منقول أو نقد ، وكذلك استيلاء وارث ما على شىء من مال التركة ، عقاراً كان أو منقولا أو نقداً — كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانوناً عنهم دليل قانونى يدل عليه . وإذن فلا يصح الطعن فى الحكم بمقولة إنه أخطأ فى قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المتروك وتحديده مع أنه ليس فى الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك مالا نقداً أو يفيد أن المبلغ المتروك عن هذا الوارث هو كذا غير إقرار الطاعن نفسه (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان من أدلة تزوير العقد أن المنسوب إليها صدوره منها كانت قد تصرفت فى بعض الأطيان التى وردت فى العقد ، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف بالبينة والقرائن مهما كانت قيمته ، لأنه يعتبر — بالنسبة إلى أدلة التزوير — واقعة مادية (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥ ص ٣٦) .

وقضت أيضاً بأن القانون لم يحرم على المحكمة إثبات صحة الختم الموقع به على الورقة بشهادة الشهود ، وإنما هو حرم عليها إثبات المشارطة المتعلقة بها الورقة بهذه الوسيلة . فمن حق المحكمة أن تستنتج صحة الختم فى ذاته متى ثبت لديها أن صاحبه قد وقع به الورقة المطعون فيها بشخصه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤) . ولكن توقيع صاحب الختم بختمه على الورقة ينطوى على تصرف قانونى يثبت بالكتابة (نقض فرنسى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦—١—٤٨٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ ص ٢١٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسساً على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابى على القسمة (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٩ ص ١٤٧) .

=

الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية[1] . أما العقد الذى أخل به فهو تصرف قانونى ، لا يجوز إثباته فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة .

وفى التبديد وغيره من الجرائم التى تستند إلى عقود مدنية ، لا يجوز إثبات هذه العقود فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . ومن ثم نرى أن الإخلال بالتصرف القانونى قد يكون واقعة مادية ، وأن الجريمة قد تنطوى على تصرف قانونى[2] .

= وقضت أيضاً بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بتعويض عن سرقة الخادم حلى استودعت السيد هى دعويان : دعوى الجريمة المنسوبة إلى الخادم وإثباتها جائز بكل طرق الإثبات إذ هى واقعة مادية وغير متوقفة على عقد الوديعة ، ودعوى موجهة إلى السيد بمسئوليته عن الخادم إذ هو تابع له وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

أما الوعد بالزواج (promesse de mariage) فرأى يذهب فيه إلى أنه واقعة مختلطة يمتزج فيها العمل المادى بالتصرف القانونى . ورأى آخر يذهب إلى أنه لما كان الوعد بالزواج غير ملزم فهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (انظر فى هذه المسألة Juris-classeur ١٥١ — م ١٣٤١—١٣٤٤ فقرة ٣٦ — فقرة ٤٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٣ — ص ٣١٤ — ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧ — لوران ١٩ فقرة ٤٣٣ — هيك ٨ فقرة ٤٨٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢١ — كذلك يمكن إثبات مدى الضرر الذى ترتب على الإخلال بالالتزام بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إثبات الأشياء الضائعة وقيمتها فى حادث سكة حديدية جائز بجميع الطرق (١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية فى حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن فى حالة التعهد بعدم فعل شىء عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتعهده ، وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتماً بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) . انظر أيضاً : استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٤٧ — استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن المحاكم وهى تفصل فى الدعاوى الجنائية لا تتقيد بقواعد الإثبات الواردة فى القانون المدنى إلا إذا كان قضاؤها فى الواقعة الجنائية يتوقف على وجوب الفصل فى مسألة مدنية تكون عنصراً من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها . فإذا =

وقطع التقادم إذا تم بواقعة مادية ، كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق ، يثبت بجميع الطرق . وإذا تم بتصرف قانونى ، كالاعتراف بحق الارتفاق أو دفع الفوائد والأقساط ، فلا يجوز الإثبات فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة[1] .

والشركة الفعلية (société de fait) واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق[2] .

ودفع غير المستحق تصرف قانونى يجب إثباته بالكتابة فيما زاد على النصاب[3] .

وأعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز لهذا إثباتها بجميع الطرق ، حتى لو كان من بين هذه الأعمال تصرف قانونى قام به الفضولى . ولا يجوز إثبات هذا التصرف القانونى ، فيما بين الفضولى ومن تعاقد معه ، إلا بالكتابة فيما زاد على النصاب[4].

= هى فى واقعة سرقة قد عولت فى إدانة المتهم على شهادة الشهود بأنه هو الذى باع المسروق لمن ضبط عنده ، فلا تثريب عليها فى ذلك ولو كانت قيمة المبيع تزيد على العشرة الجنيهات ، وذلك لأن سماعها الشهود لم يكن فى مقام إثبات تعاقد المتهم مع المشترى ، وإنما كان فى خصوص واقعة مادية بحتة جائز إثباتها بالبينة والقرائن وغير ذلك من طرق الإثبات المختلفة ، وهى مجرد اتصال المتهم بالأشياء المسروقة قبل انتقالها من يده إلى يد من ضبطت عنده بغض النظر عن حقيقة سند هذا الانتقال الذى لم يكن يدور حوله الإثبات ، لأنه مهما كان لا يؤثر فى الدعوى (نقض جنائى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٦٢ ص ٧٥٩) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٤ وهامش رقم ١١ وهامش رقم ١٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٧ .

(٣) فإذا أعدم الدائن الذى قبض غير المستحق سند الدين وهو حسن النية ، فلمن دفع غير المستحق أن يرجع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء (م ١٨٤ مدنى) وفى هذه الحالة يعتبر انشغال ذمة المدين الحقيقى بالدين واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٩٢ ص ٢٣٩) .

(٤) انظر الجزء الأول من هذا الوسيط فقرة ٨٦١ — فقرة ٨٦٢ .

المبحث الثانى

التصرفات القانونية التجارية

١٨٥ — جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن فى التصرفات القانونية التجارية : رأينا أن المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى تستثنى المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات . فالتصرف القانونى التجارى إذن يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .

وقد كانت المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدنى السابق تنص على هذا الحكم فتقول : « عقود البيع والشراء وغيرها من العقود فى المواد التجارية يجوز إثباتها ، بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم ، بكافة طرق الثبوت ، بما فيها الإثبات بالبينة وبقرائن الأحوال » . واكتفى التقنين المدنى الجديد باستبعاد المواد التجارية فى المادة ٤٠٠ من وجوب الإثبات بالكتابة على النحو الذى قدمناه ، فلم يورد نصاً يقابل المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدنى السابق تجنباً للتكرار .

والسبب فى إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن فى المسائل التجارية ، أياً كانت قيمة التصرف القانونى ، هو مايقتضيه التعامل التجارى من السرعة وما يستلزمه من البساطة : وما يستغرقه من وقت قصير فى تنفيذه (١) . على أن هناك من المسائل التجارية مالا يستقيم إلا بالكتابة . مثل ذلك الأوراق التجارية ، لم يقتصر القانون فيها على اشتراط الكتابة ، بل اشترط فى الكتابة أن تستوفى شروطاً معينة . كذلك فعل فى المسائل التجارية التى تستغرق وقتاً طويلا وتنطوى على أهمية خاصة ، كما هو الأمر فى عقود الشركات التجارية (م ٤٠ — ٤٦ تجارى) ، وفى عقود بيع السفن (م ٣ بحرى) ، وفى إيجارها (م ٩٠ بحرى) ، وفى التأمين عليها أو على البضائع (م ١٧٤ بحرى) ، وفى القروض البحرية (م ١٥٠ بحرى) .

---

(١) أما المعاملات المدنية فتستغرق عادة وقتاً طويلا فى التنفيذ ، ومن ثم الحاجة إلى الكتابة (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٩) .

على أن الإثبات بالبينة وبالقرائن فى المسائل التجارية أمر جوازى للقاضى ، كما هو شأن الإثبات بالبينة وبالقرائن فى أية مسألة أخرى . فقد رأينا أن القاضى يقدر ما إذا كان الإثبات بالبينة وبالقرائن مستساغاً ، ثم يقدر بعد ذلك ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المراد إثباتها أو غير كافية . فله إذن فى المسائل التجارية أن يرفض الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ . وله أن يقدر أن هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة ، وبخاصة بما هو مدون فى الدفاتر التجارية ، لاسيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطه بغير الكتابة . وله سلطة واسعة فى تقدير ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المدعى بها[1] . ويجوز لأصحاب الشأن ، على كل حال ، أن يتفقوا على أن يكون الإثبات فيما بينهم فى المسائل التجارية بالكتابة ، فتكون الكتابة عندئذ واجبة لأن إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن فى التصرفات التجارية ليست قاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وسنعود إلى هذه المسألة .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمحكمة رفض الإثبات بالبينة فى دعوى تجارية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (استئناف أهلى ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥١) — وقضت محكمة الزقازيق الوطنية بأن إباحة الإثبات بجميع الطرق فى المسائل التجارية أمر جوازى ، ولا يقبل إلا إذا أدلى بوقائع من شأنها التدليل على احتمال انعقاد عقد تجارى (٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤١٩ ص ٦٦٨) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إباحة الإثبات بجميع الطرق فى المسائل التجارية أمر جوازى (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ — ٥ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٧ — ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٤) ، وبأنه يجب وجود قرائن قوية لإثبات الفوائد الربوية بالبينة حتى فى المسائل التجارية (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٤) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا لم تأخذ المحكمة فى نزاع بين تاجر ومصلحة الضرائب بالبيانات الواردة فى دفاتره ، محتجة بأنه لم يثبت فيها جميع مشترياته ، فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون بتحتيم إثبات العقود التجارية بالكتابة ، ولا يصح من الممول طعنه فى الحكم محتجاً بالمادتين ٢١٥ و ٢٣٤ من القانون المدنى (م ٤٠٠ فقرة ١ جديد) اللتين تجيزان إثبات العقود التجارية بجميع الطرق القانونية ، سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو غيرهم ، فإن محل الاحتجاج بهما أن يكون التاجر قد طلب إلى المحكمة الترخيص له فى أن يثبت بالبينة صحة البيانات الواردة بدفتره فقضت بعدم جواز هذا الإثبات (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وانظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٩ .

١٨٦ – العبرة بنوع التعامل وصفة الخصوم لا بالمحكمة المختصة

والقانون التجارى هو الذى يبين متى يعتبر التصرف القانونى تجارياً ، فيجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن أياً كانت قيمته[١] .

وقد يقع التصرف القانونى بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً مدنياً ، كالمزارع يبيع جزءاً من محصوله إلى المستهلك . فالإثبات هنا لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن إلا فيما لا يجاوز النصاب .

وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً تجارياً ، كصاحب المصنع يبيع سلعته من التاجر . فالإثبات يجوز أن يكون هنا بالبينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف .

وقد يقع التصرف بين شخصين فيكون بالنسبة إلى أحدهما تصرفاً مدنياً وبالنسبة إلى الآخر تصرفاً تجارياً ، كالمزارع يبيع محصوله من التاجر ، وكالمستهلك يشترى من تاجر التجزئة ، وكعقد النشر بين المؤلف والناشر ، وكعقد النقل بين المسافر أو صاحب البضاعة وأمين النقل ، وكعمليات المصارف بين العميل والمصرف . وهذا ما يسمى بالتصرف المختلط . فى هذه الحالة تسرى القواعد المدنية فى الإثبات على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه ، فلا يجوز بالبينة أو بالقرائن إثبات تسليم الثمن إلى المزارع ولا تسليم السلعة إلى من اشترى من تاجر التجزئة ولا تسليم الأرباح إلى المؤلف ولا تسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل ولا العمليات المصرفية ضد العميل إلا فيما لا يجاوز النصاب . وتسرى القواعد التجارية فى الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه ، فيمكن إثبات تسليم المحصول للتاجر ، وتسليم الثمن لتاجر التجزئة ، ومقدار أرباح المؤلف ضد الناشر ، وتسليم البضاعة لأمين النقل ، والعمليات المصرفية ضد المصرف ، بالبينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام[٢] .

---

(١) الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى فقرة ١٥٣ – فقرة ١٥٨ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٤١ — الموجز للمؤلف ص ٧٠٨ — انظر مع ذلك بونيلال وريبير وجابولد وتعليقه على القضاء الفرنسى ٧ فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٤ ـ وقد =

والعبرة بنوع التعامل لا بالمحكمة المختصة . فقد يطرح نزاع تجارى أمام محكمة

= قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدعى عليه تاجراً ، فالقواعد التجارية تتبع فى دعواه، خصوصاً فيما يتعلق بقبول الإثبات بالبينة (استئناف أهلى ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا كان العقد مدنياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتجارياً بالنسبة إلى ثانيهما ، جاز للأول أن يثبت براءة ذمته من المدين بطرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية (١١ أبريل سـنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧٨) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كانت المعاملة تجارية لأحد المتعاملين ومدنية بالنسبة إلى الآخر، فلا يجوز الإثبات فى حق الآخر إلا طبقاً لأحكام القانون المدنى، فلا يقبل الإثبات بالبينة إذا زادت قيمة المدعى به على ألف قرش . فإذا ادعى تاجر شراء قطن رجل من ذوى الأملاك ، وقدم دليلا على دعواه « علم القبانى » الذى يبين وزن القطن المبيع ، فإن هذه الورقة لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على البائع لأنها ليست صادرة منه ، ومن ثم ترفض دعوى التاجر (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٤ ص ١٧٩ — أنظر أيضاً استئناف مصر ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٦ ص ١٨ .)

وصفة التاجر أمر يصح إثباته بالبينة لأنه واقعة مادية (طهطا ٢٥ يولية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٧ / ٢) . ويعتبر مدنياً التزام الوكيل بالعمولة إذ لم يعلن إسم موكله (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٠) . ولا يجوز طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وساطة السمسار فى الصفقة إذا كانت المعاملة بالنسبة إلى المدعى عليه بالأجر مدنية ويزيد فيها المبلغ المطلوب إثباته على النصاب الجائز إثباته بالبينة (استئناف مصر ٦ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٠ ص ٣٨٦ — انظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة السنبلاوين ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٤٢ ص ٥٩٥ ،وانظر عكس ذلك محكمة الإسكندرية الوطنية ٣ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٦ فقد قضت بأن أعمال السمسرة تعتبر فى نظر القانون أعمالا تجارية ، سواء كان القائم بها محترفاً السمسرة أولا ، وسواء كان الغرض منها إبرام عقد تجارى أو مدنى ، وعلى ذلك يجوز لمن كان وسيطاً فى عقد بيع وليست لديه كتابة مثبتة لحقه فى السمسرة أن يلجأ إلى الإثبات بالبينة ولو تجاوزت السمسرة عشرة جنيهات) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة — بأن إثبات الالتزام المدنى يكون بالكتابة ، حتى لو كان هذا الالتزام مرتبطاً بالتزام تجارى ، فإن هذا الارتباط لا يرفع عن كل من العمليتين صفتها المتميزة ، ولا يستوجب استثناء من أحكام القانون المتعلقة بطرق الإثبات (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هى أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، لأن الإثبات فى المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات . وقد اعتبر القانون التجارى فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملا تجارياً جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف مالم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد . ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره للتصرف أو ادعاؤه أنه لايتجر فى =

مدنية ، فنتبع قواعد الإثبات التجارية . وقد يطرح نزاع مدنى أمام محكمة تجارية ، فنتبع قواعد الإثبات المدنية (١) .

١٨٧ — جميع المسائل التجارية يجوز اثباتها بالبينة و بالقرائن ، حتى فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها : ومتى ثبت للتصرف الصفة التجارية على الوجه الذى قدمناه ، جاز إثباته ، كما سبق القول ، بالبينة وبالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف ، حتى لو كان الأمر يتعلق بجريمة تنطوى على عقد مدنى كجريمة التبديد ، فيجوز إثبات عقد الوديعة مثلا بجميع الطرق أياً كانت قيمة الشىء المودع (٢) .

ومن باب أولى يجوز إثبات الوقائع المادية فى المسائل التجارية بجميع طرق الإثبات . مثل ذلك أن يصاب عامل فى مصنع ، فلهذا العامل أن يثبت مسئولية صاحب المصنع بجميع الطرق .

بل يجوز أيضاً ، إذا كان التصرف القانونى التجارى ثابتاً بالكتابة ، إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها بالبينة وبالقرائن (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة فى موضع آخر .

= البضاعة المدعى بشرائها ، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنياً (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ وهامش رقم ٦ مكرر — الموجز للمؤلف ص ٧٠٩ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان النزاع من اختصاص المحاكم التجارية وكان الالتزام غير تجارى من جانب المدين ، فلا يجوز الإثبات ضده بالبينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٦ — انظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٢ — ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٧) .

والقاعدة فى الاختصاص — بالنسبة إلى التصرف القانونى المختلط — أن التصرف إذا كان تجارياً بالنسبة إلى المدعى عليه ، جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية . أما إذا كان التصرف بالنسبة إلى المدعى عليه مدنياً ، فلا يجوز رفع الدعوى إلا أمام المحكمة المدنية .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٣٧ — ص ٣٣٨ .

(٣) فيجوز إثبات أن سبب الالتزام المكتوب غير صحيح ، أو أن هناك تعديلا شفوياً أجرى فيه ، أو أنه قد انقضى ، وذلك كله بالبينة أو بالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٦ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٠ =

الفرع الثانى

قوة الاثبات المحدودة للبينة والقرائن

١٨٨ — *القاعدة العامة والاستثناءات* : رأينا فيما تقدم أن للبينة والقرائن قوة مطلقة فى إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية . وتبقى ، بعد ذلك ، التصرفات القانونية المدنية . وهذه ليس للبينة والقرائن فيها إلا قوة إثبات محدودة . وقد وضع القانون فى ذلك قاعدة عامة ، ثم أورد عليها استثناءات معينة .

= لكن إذا كانت الكتابة رسمية ، ويراد إثبات ما يخالف جزءاً منها لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، فإنه يجب الالتجاء إلى إجراءات هذا الطعن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة هامش رقم ٢) .

وقد كان القضاء المختلط يجرى فى العهد الأول على تحتيم الكتابة لإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها فى المسائل التجارية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١١١ — ٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٠ — ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٣ — ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٥ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١١ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ — ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٢ . ثم عدل عن هـذا الخطأ ، ورجع إلى المبدأ الصحيح ، فأجاز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها فى المسائل التجارية بالبينة وبالقرائن : استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ — ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨١ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٨ — ٧ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٠ .

وغنى عن البيان أن إثبات المواد التجارية بالبينة وبالقرائن ليس فحسب جائزاً فيما بين المتعاقدين ، بل هو أيضاً جائز بالنسبة إلى الغير . وقد قضى ، تطبيقاً لذلك ، بأن عقد الإيجار الذى يتم بين تاجر السيارات وأحد عملائه ، وبمقتضاه يؤجر التاجر للعميل سيارة تصبح ملك العميل بعد الوفاء بالأقساط ، يجوز لتاجر السيارات أن يثبته بالبينة فى مواجهة الغير (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٩) . أنظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢١٦ ص ٤٠٢ .

أما إذا اتفق تاجران على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة ، فانه لايجوز لأى منهما أن يثبت ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة (انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٩٤ ص ٢٤٢ والأحكام التى أشار إليها) .

أما القاعدة العامة فهي ذات شقين : (أولا) لا يجوز اثبات التصرفات القانونية المدنية ، اذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ، الا بالكتابة . (ثانياً) وحتى اذا كان التصرف القانونى المدنى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات، فانه اذا كان ثابتاً بالكتابة ، لم يجز اثبات ما يخالف هذه الكتابة أو ما يجاوزها الا بالكتابة . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بالبينة والقرائن ، وتجعل قوة هذين الطريقين فى الإثبات محدودة . فلا يجوز أن تثبت بهما التصرفات المدنية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، بل وتلك التى لا تزيد قيمتها على هذا المقدار إذا كانت مكتوبة ويراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وغنى عن البيان أن هذا الميدان الذى استبعد فيه الإثبات بالبينة وبالقرائن ذو نطاق واسع ، فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التى تكون عادة محلا للتقاضى . ومن ثم كانت البينة والقرائن ذات قوة فى الإثبات جد محدودة فى ميدان التصرفات القانونية المدنية .

على أن هذين الطريقين تعود لهما قوتهما المطلقة فى الإثبات فى الاستثناء الذى أورده القانون على القاعدة العامة التى أسلفناها . وهو استثناء له أيضاً شقان : (أولا) يجوز مع ذلك الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة . (ثانياً) ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها. ونرى من ذلك أن البينة والقرائن، وقد كانت قوتهما محدودة فى القاعدة العامة، انطلقتا فى الاستثناء، وأصبح من الجائز اثبات جميع التصرفات المدنية بهما عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو عند قيام المانع [1] .

ونبحث الآن القاعدة العامة ثم الاستثناءات .

---

(١) والقاعدة بشقيها والاستثناء بشقيه تعتبر جميعاً من مسائل القانون ، فيخضع تطبيقها لرقابة محكمة النقض (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٦ ص ٥٥٨ — دى باج ٣ فقرة ٩٣٢) . على أنه لا تجوز إثارة هذه المسائل لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنها ليست من مسائل النظام العام كما سنرى .

المبحث الأول

القاعدة العامة

١٨٩ — الأصل التاريخي لهذه القاعدة : نبتت هذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم . وقد كان هذا القانون كغيره من القوانين القديمة(١)، يجعل البينة هي الأصل في الإثبات ، فيجوز إثبات أي التزام بها أيا كانت قيمته (٢) .

وبقيت هذه الحال سائدة إلى أن انتشرت الكتابة ، وبدأ الناس يألفون تدوين عقودهم ومعاملاتهم . فصدر قانون في فبراير سنة ١٥٦٦ ، سمى « أمر مولان » (Ordonnance Moulins) ، تقضي المادة ٥٦ منه بوجوب تدوين المعاملات

---

(١) فالفقه الإسلامي لا يعتد بالكتابة اعتداده بالشهادة . فالشهادة عنده هي البينة التي لها المقام الأول في الإثبات . أما الكتابة فيحذر منها كل الحذر ، لأن الخطوط — كما يقول الفقهاء — قابلة للمشابهة والمحاكاة .

والواقع من الأمر أن الكتابة لم تكن في العصور الأولى التي ترعرع فيها الفقه الإسلامي منتشرة بين الناس ، ولم يكن فن الخط قد تقدم تقدمه في العصور التي تلت ، فكان من الصعب الاعتماد على الكتابة في الإثبات (انظر في هذا المعنى موران Morand : دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣١٣ — ص ٣١٨) .

وقد أتى القرآن الكريم في آية المداينة بأرقى مبادىء الإثبات في العصر الحديث . قال الله تعالى : «يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً» . فالأولوية في الاثبات إذن للكتابة . ولكن لما كانت حضارة العصر تقصر دون ذلك ، وتقف عن مجاراة هذا التقدم ، لم يستطع الفقهاء إلا أن يسايروا حضارة عصرهم ، فإذا بالفقه الإسلامي يرتفع بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة نزولا بيناً . ومن العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة ، فظل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة ، وذلك بالرغم من أنهم كانوا يستطيعون أن يقلبوا الوضع فيقدموا الكتابة ، يؤازرهم في ذلك انتشار الكتابة ، وتظاهرهم آيات القرآن الكريم.

(٢) وقد رأينا أن المثل كان قد درج في القانون الفرنسي القديم على أن «الشهادة فوق الكتابة» أو كما يقول لوازيل Loisel :

Témoins passent lettres (Institutes Coutumières, liv. V, tit V, règl. 5)

التى تزيد قيمتها على مائة جنيه فرنسى فى ورقة رسمية أمام موثق العقود ، وذلك نظراً للشكوى التى ترددت من عيوب الإثبات بالشهادة . وهذه الورقة هى وحدها التى تكون دليلا للإثبات ، دون أن تقبل البينة فيما يجاوز هذا الدليل الكتابى ، أو فيما يدعى أنه اتفق عليه قبل كتابة الدليل أو فى أثناء كتابته أو بعد الكتابة (avant icelui, lors et depuis) . ولا يخل هذا الحكم بجواز إثبات التعامل فى ورقة عرفية . وبعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر أمر آخر يؤكده فى سنة ١٦٦٧ ، وهو قانون لويس الرابع عشر فى الإصلاح القضائى ، ويقضى بوجوب تدوين المعاملات التى تزيد قيمتها على مائة جنيه ، ولو كانت ودائع اختيارية ، فى أوراق رسمية أو عرفية . ولا يقبل الإثبات بالبينة لما يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزه ، ولا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو فى أثنائها أو بعدها ، ولو لم تجاوز القيمة مائة جنيه ، دون أن يخل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاة والقناصل فى المسائل التجارية [1] .

وبقى هذا النص معمولا به فى القانون الفرنسى القديم . ثم نقله التقنين المدنى الفرنسى نقلا يكاد يكون حرفياً ، فنصت المادة ١٣٤١ من هذا التقنين على أنه « يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التى تزيد قيمتها على مائةوخمسين فرنكاً ، ولو كانت ودائع اختيارية . ولا تقبل البينة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق ، أو فيما يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو فى أثناء الكتابة أو بعدها ،

---

(١) ونثبت هنا الأصل الفرنسى لهذا النص الهام ، فهو المصدر التاريخى المباشر لقاعدة من أهم قواعد الإثبات ، وهو فى الوقت ذاته يقرب كثيراً من نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدنى الفرنسى :

Seront passés actes par devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls marchands.

(Art. 2. Titre XX, Ordonnance de 1667) .

ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكاً . وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة (١) » .

وقد جعل قانون نابليون نصاب البينة مائة وخمسين فرنكاً ، وكانت فى القانون الفرنسى القديم مائة جنيه وقيمتها كانت تبلغ نحوا من ألفين من الفرنكات . وقد نزل نصاب البينة إلى هذا المقدار نظراً لزيادة انتشار الكتابة كما قال جوبير (Jaubert) فى تقريره عن هذا النص (٢) ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون أول أبريل سنة ١٩٢٨ يرفع نصاب البينة إلى خمسمائة فرنك . ثم هبطت قيمة الفرنك بعد ذلك هبوطاً جسيما ، فصدر قانون ٢١ فبراير سنة ١٩٤٨ يرفع النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات . وفى مصر قرر نصاب البينة منذ التقنين المدنى السابق بعشرة جنيهات . ولم يتغير هذا النصاب فى التقنين الجديد ، وإن كانت قيمة العملة قد نزلت نزولا كبيراً ، للمعادلة ما بين هذا النزول الكبير وزيادة انتشار الكتابة .

ونرى مما تقدم أن « أمر مولان » كان هو نقطة التحول عن البينة إلى الكتابة . وقد ذكر الأمر لهذا التحول سببين : (أولهما) ما تنطوى عليه الشهادة من خطر ، ليس فحسب من حيث فساد ذمة الشهود ، بل أيضاً من حيث ضعف ذاكرتهم واحتمال تطرق السهو والنسيان إليها . (والثانى) ما يستتبع السماح بالبينة فى الإثبات من كثرة القضايا التى ترفعها الناس اعتماداً على سهولة اصطياد الشهود وشرائهم عند الضرورة ، وما يترتب على ذلك من ازدحام المحاكم بالقضايا وتراكم هذه القضايا وتعقدها وطول إجراءاتها . ويضيف « بارتان » سبباً ثالثاً ، هو ما ينطوى

---

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى لنص المادة ١٣٤١ ، لمقارنته بمصدره التاريخى المتقدم الذكر :

Art. 1341 : Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٢) فينيه (Fenet) ١٣ ص ٣٩٦ — لوكريه (Locré) ١٢ ص ٥٢٧ .

عليه التصرف القانونى من دقة تضيق بها الشهادة . فالشهود قد يستطيعون رواية واقعة مادية ، أما أن يرددوا عبارات تم بها التصرف القانونى ترديداً صادقاً أميناً فهذا ما ينوء به كاهل الكثرة الغالبة من الشهود (١) .

١٩٠ — هل تعتبر هذه القاعدة العامة بشقيها من النظام العام :

بقى ، قبل الدخول فى تفصيلات هذه القاعدة العامة ، أن نبين هل هى تعتبر

---

(١) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٣ مكرر . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة أن التصرف القانونى هو الذى تستطاع تهيئة الدليل الكتابى له عند وقوعه ، فهو وحده الواقعة القانونية التى تقبل عادة الدليل المهيأ (preuve préconstituée) . هذا إلى أن الإرادة فى القديم كانت الشكلية تحوطها فتجعلها بمنجاة من الغلط والسهو والتدليس والإكراه وغير ذلك من الشوائب . فلما زالت الشكلية فى انعقاد التصرف القانونى ، حلت الكتابة محلها فى إثباته . وما الكتابة إلا ضرب من ضروب الشكلية ، أكثر مرونة وأقل تعقيداً وأيسر كلفة .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويرجع ما اصاب قيمة حجية البينة من تطور إلى عدم التيقن من سلامتها . وقديماً كان الإثبات بالبينة جائزاً فى الشرائع اللاتينية دون قيد ، بسبب شكلية التصرفات القانونية بوجه خاص . وكانت القاعدة السائدة إذ ذاك تقديم البينة على الكتابة . وقد أبقى تقنينا المرافعات الألمانى والنمساوى على هذه القاعدة . ولكن سلطانها تزعزع فى فرنسا من جراء التطور الذى بدأ بصدور أوامر مولان فى سنة ١٥٦٦ . وقد عرض واضعو المشروع الفرنسى الايطالى لمسألة الاثبات بالبينة ، وجعلوا منها محلا لنقاشهم (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى) ، وانتهوا من ذلك إلى أن العدول عن نظام تقييد الإثبات ، وعن إيثار الدليل الكتابى بالصدارة ، إن هو إلا نكوص عن المضى فى سبيل التقدم . وليس يقتصر الأمر فى توجيه تقييد الإثبات بالبينة على خطر إغراء الشهود والادلاء بالشهادة زوراً ، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يعوزهم من دقة الملاحظة ، أو قوة الذاكرة ، فضلا عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان العهد قد تقادم على الوقائع . والواقع أن تحريف الشهادة أو تلفيقها لا يعتبر أهم خطر يعرض بشأن الإثبات بالبينة . وإنما يتمثل هذا الخطر فى انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون فيها . فقد أسفرت أحدث الدراسات النفسية ، كما أسفرت تجارب القضاء ، عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود فى يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم . فأى ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر ، وأنى لذى الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة وإلمامه بمصائرهم إذا قدر إجراء التحقيق بعد زمن طويل ؟ والحق إن ما يعد ذوو الشأن من المحررات عند إنشاء التصرف القانونى كفيل بتحامى هذه الأخطار جميعاً . فإذا قرن ذلك بشيوع انعقاد التصرفات بالكتابة ، وتأصل الاطمئنان إليها فى تقاليد العمل والتشريع ، ظهر وجه الإبقاء على قاعدة تقييد الإثبات بالبينة وإيثار الكتابة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٤ — ص ٣٩٥) .

من النظام العام . فانها إذا اعتبرت كذلك ، لم يجز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولا أن يكون الإثبات بالبينة فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ثم يكون للمحكمة أن تقضى بهذه الأحكام من تلقاء نفسها ، ولا تعتد بنزول الخصوم عنها ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ونبحث هذه المسألة الهامة فى القانون الفرنسى ، ثم فى القانون المصرى .

القانون الفرنسى : الفقه والقضاء فى فرنسا مختلفان فيما إذا كانت هذه القاعدة تعتبر من النظام العام . فالفقه الفرنسى يذهب إلى وجوب اعتبارها من النظام العام[1] ، كما يبدو من الأسباب التى ذكرت فى أمر مولان (Moulins) وهو أول سند تشريعى لهذه القاعدة . والفقه ، وهو يأخذ فى شبه إجماع[2] بهذا الرأى ، يستند إلى الحجتين الآتيتين : (أولا) أن القانون فى تنظيمه طرق الإثبات إنما يبغى الوصول إلى خير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد ، ومن ثم فهو يمس تنظيم القضاء نفسه ، وتنظيم القضاء يعتبر من النظام العام[3] . (ثانياً) أن

---

(١) تولييه ٩ فقرة ٣٦ — فقرة ٤١ — ماركاديه م ١٣٤٨ فقرة ٨ — لاروميير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ١ — فقرة ٢ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢١٣ — لوران ١٩ فقرة ٣٩٧ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٩ وهامش رقم ٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥١٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٤ وفارن فقرة ١٢٨٧ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٧٧٣ — جوسران ٢ فقرة ٢٠٣ — ليبال (Le Balle) فى الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات فى القانون المدنى رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — سيسيوريانو (Sescioreano) فى الاتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ .

(٢) ذلك أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب مع القضاء الفرنسى إلى أن هـذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام : ديرانتون ١٣ فقرة ٣٠٨ وفقرة ٣٢٩ — بونييه ١ فقرة ١٧٧ — هيك ٨ فقرة ٢٩٠ — بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش ٣ مكرر — هيمار ٢ فقرة ١٨٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ — ويقول بيدان وپرو فى هذا المعنى إن القضاء، بعد أن كان فى القديم ذا صبغة تعاقدية فيما بين الخصوم ، أصبح الآن من شؤون الدولة . ومنذ رأى المشرع من المناسب أن يتدخل ليحد من تحكم القاضى ويمنعه من أن يكل نفسه إلى محض اقتناعه ، فقد قدر أن حسن تنظيم القضاء يجب حتما أن يعلو على المصالح الخاصة للخصوم ، مهما كانت هذه المصالح مشروعة ، وإلا كان من الأيسر أن تترك للقاضى حريته كاملة فى الإثبات (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٤) .

الاعتبار الأساسى الذى استند إليه المشرع فى تحريم البينة إلا فى حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بها اعتماداً على تصيد الشهود وشرائهم عند الاقتضاء ، وهذا الاعتبار يتصل أوثق الاتصال بالنظام العام[١]. ويرتب الفقه الفرنسى على أن القاعدة تعتبر من النظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب . كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب[٢] . ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق ما بين الخصوم على ما يخالف القاعدة واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ، ففى الحالتين يكون الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام[٣] . وللقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه ، دون طلب من الخصوم بل بالرغم

---

(١) وجاء فى الموجز للمؤلف ، فى هـذا الصدد ما يأتى : « عندما يتطلب القانون دليلا كتابياً ، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبارات ثلاثة : (أولها) حرص القانون على التقليل من المنازعات والخصومات ، لأن الدائن إذا علم أن الدليل الكتابى واجب حرص على الوصول إليه ، فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين ومنازعة الدائن . وكذلك الأمر من جهة الدائن الذى لم يصل إلى الدليل الكتابى المطلوب ، فان أمله فى كسب الدعوى يكون ضعيفاً فيبعد عن التفكير فى الالتجاء إلى التقاضى . (ثانياً) عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود ، فإن الذاكرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الضعف ما لا يعترى الورق المكتوب ، ولا يمكن الاحتراز من السهو والنسيان (ثالثا) عدم الثقة بالشهادة فى جميع الأحوال ، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير الواقع احتمال يتحقق كل يوم . والاعتباران الأولان من شأنهما أن يجعلا القاعدة التى تتطلب الدليل الكتابى من النظام العام ، بعكس الاعتبار الثالث (الموجز ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٢) وهناك من يذهب إلى التمييز بين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة — وهذا لا يجوز لأن الأصل فى إثبات التصرفات المدنية هى الكتابة فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بغيرها — وبين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة ، وهذا يجوز لأن الإثبات بالبينة فى التصرفات المدنية استثناء فالاتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز . (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١—١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) .

(٣) ويميز بعض بين الاتفاق مقدماً على طريق للاثبات غير الذى عينه القانون ، كتابة أو بينة — وهذا لا يجوز ، لأن النزاع لم يتحدد ، فلا يجوز تقييد الخصم مقدماً ، قبل معرفة حدود النزاع ، بطريق للاثبات لم يعينه القانون — وبين الاتفاق على طريق للاثبات بعد قيام النزاع ومعرفة حدوده ومداه ، ولو كان هذا الاتفاق ضمنياً بعدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذى سلكه خصمه — وهذا جائز لأن النزاع قد تحدد والخصم قد قبل هذا الطريق للاثبات وهو عالم بمدى النزاع وأهميته فلا غرر فى ذلك (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١—١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) . =

من تنازلهم أو من اتفاقهم على العكس ، بوجوب تطبيق الأحكام التى تقضى بها هذه القاعدة . وللخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة النقض .

أما القضاء الفرنسى فيذهب ، فى شبه إجماع كذلك ، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام [١]، وذلك للاعتبارين الآتيين : (أولا) أن الإثبات إنما يتناول حقوقاً فردية للخصوم ، وللخصم أن ينزل عن حقه ، فيملك من باب أولى أن يتفق مع خصمه على طريق إثباته[٢] . (ثانياً) أن موقف القاضى فى الإثبات هو موقف الحياد التام ، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابى فى الإثبات . فلهم ، إذا شاءوا ، أن يعينوا بالاتفاق فيما بينهم الطرق التى يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضى . ولا

= بل هناك من يميز بين سكوت الخصم وعدم اعتراضه على طريق الإثبات الذى سلكه خصمه — وهذا السكوت لا يعتد به ويحتم القاضى أن يكون طريق الإثبات هو الطريق الذى عينه القانون — وبين رضاء الخصم بطريق الإثبات الذى سلكه خصمه رضاء صريحاً — وهذا الرضاء الصريح يعتد به فيقر القاضى طريق الإثبات الذى ارتضاه الخصم . ولا مبرر للتفريق ما بين الرضاء الصريح والرضاء الضمنى ، فإذا جاز الرضاء الصريح وجب أن يجوز الرضاء الضمنى ، وإذا لم يجز الرضاء الضمنى وجب ألا يجوز الرضاء الصريح (انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٥) .

(١) ويقول القضاء الفرنسى فى هذا المعنى :

L'art. 1341 est bien d'intérêt général, mais non d'ordre public.

(نقض فرنسى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠—١—٤٧٧— ٢١ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦—١—٣٩٣— ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٣—١—٧٦— أول أغسطس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩—١—٣٩٨) — وهكذا من يحسب أن القاعدة قد استلهمت فى المكان الأول اعتبار تقليل المنازعات ، بعدم الالتجاء إلى الشهادة بقدر الإمكان ، يعتبرها من النظام العام . ومن يحسبها قد استلهمت كأساس لها عدم الثقة فى أمانة الشهود ، لإمكان التأثير فيهم ، لا يعتبرها من النظام العام (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١—١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧ — انظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٢) ويقال فى هذا المعنى إن الاتفاق على طريق الاثبات يمكن أن يكون عند تحليله بمثابة نزول عن الحق ، إما نزولا غير مقيد أو نزولا معلقا على شرط . فالاتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته . فإذا كان صاحب الحق يمكنه أن يتصرف فى حقه ، فإنه يستطيع كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقاً لمنحه أو منعه ، ومن ثم يستطيع أن يخضعه لطريق معين للاثبات (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨) .

يتدخل المشرع ، فيرسم طرق الإثبات ، إلا إذا لم يتفق الخصوم ، صراحة أو ضمناً ، على شيء من ذلك[1] .

ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تعتبر من النظام العام عكس النتائج التي يرتبها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام . فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب[2] . ويجوز الاتفاق كذلك على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب[3] . ويستوى فى هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعده[4] . وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضى بها هذه القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمناً ، أو حتى إذا اقتصر الخصم على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها فى إثبات ما يدعيه[5] . وليس للخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام لأول مرة أمام محكمة النقض[6] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ .

(٢) محكمة رن الاستئنافية ٢٥ فبراير سنة ١٨٤١ سيريه ٤١ — ٢ — ٤٢٧ — قارن : نقض فرنسى ٦ يناير سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ١١٦ — ٢٤مارس سنة١٩٤٢ داللوز ١٩٤٢ — ٦٤ — ٣ أغسطس سنة ١٩٤٩ جازيت دى باليه ١٩٤٩ —٢ — ١٠٦) — بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضى حرية كاملة فى الحكم بمقتضى اقتناعه الشخصى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ —١— ١٥٨) .

(٣) بل يجوز الاتفاق على أن يقصر الإثبات على طريق محدد فى طبيعته وفى شكله (نقض فرنسى ٨ أغسطس ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٨ مع تعليق شوفجران (Chauvegrin) — ١٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧—١— ٣٣٨ — ٢٣ نوفبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ —١— ٤٠٢—٣٠ يوليه ١٨٨٤ داللوز ٨٥—١—٤٣٩—٦ أغسطس ١٩٠١ داللوز ١٩٠١— ١ — ٤٧٢) .

(٤) Juris - classeur م ١٣٤١ — ١٣٤٤ فقره ٩ — فقرة ١٧ .

(٥) نقض فرنسى أول أغسطس ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٣٩٨ — ٦ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦—١—٥٧٦ (يعتبر الخصم متنازلا عن حقه فى التمسك بالإثبات بالكتابة إذا اشترك فى التحقيق الذى أمرت به المحكمة أو طلب إجراء تحقيق مضاد لنفى التحقيق الأول) — نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١—١— ١٧٤ (وكذلك إذا حضر أمام الخبير) — محكمة كولمار ٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٣—١— ٢٣٢ (بل إذا هو لم يعارض فى إجراء التحقيق) .

(٦) نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٢ داللوز — ١٨٣ — ٧٨ — ٨ يونيه سنة ١٨٩٦ =

القانون المصرى : أما فى مصر ، وفى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، إذا كانت تجيز البينة ، لا تعتبر من النظام العام : فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات[1] .

= داللوز ١٨٩٧—١—٤٦٤— ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٧—١—٣٩٦ — ٢٢ فبراير ١٩١١ داللوز ١٩١٣ — ١ —٣٦٠—٢٦ مارس سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٦—١— ١٨١ — ٦ يناير سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ١١٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤١٠ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٢ — ٦٤— ١٩ يونيه سنة ١٩٤٧ جازيت دى باليه ١٩٤٧—٢— ٨٤ ، محكمة النقض البلجيكية ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسيكريزى ١٩٤٧ —١— ٢٩ .

أنظر فى أحكام القضاء الفرنسى فى هذه المسائل بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٥) .

(١) والتون ١ ص ٣١٩ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٩٣ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا اتفق على ألا يعتبر السداد إلا بإيصال أو استلام سند الدين مؤشراً عليه بالسداد (استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٣ ص ١٨٠ — أنظر أيضاً : استئناف أهلى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ص ١٣ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٦٧ — الأقصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٣٤ ص ٢٠٧) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه متى نص فى عقد ولو فى مسائل التجارة على أن براءة الذمة لا تثبت إلا بتسليم السند أو بمخالصة بالكتابة ، فالإثبات لا يمكن حصوله بالبينة (استئناف أهلى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧) . وقضت محكمة جرجا بأن اشتراط المدين على نفسه فى سند دين قيمته أربعمائة قرش عدم الإدعاء ببراءة ذمته إلا باستلام السند نفسه أو مخالصة ممضاة من الدائن ، وألا عبرة بالإثبات بالبينة ، هو شرط يجب اعتباره صحيحاً ، فإن الشارع وضع حداً للشهادة الشفوية تخوفاً منها واحترازاً ، وإنما أجازها القانون فى الأحوال التى أجازها لفائدة المتعاقدين الذين لهم التنازل عنها (جرجا ١٣ اكتوبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠) . وقضت محكمة الأقصر بأن الشرط الذى يذكر فى سند دين بخمسمائة قرش على أن الدفع لا يثبت إلا بالكتابة ، وأن الإثبات بالبينة لا يقبل ، هو شرط صحيح لأنه لا يخالف النظام العام (الأقصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١) . وقضت محكمة عابدين بأنه إذا نص فى السند على أنه لا تبرأ ذمة المدين من المبلغ المبين به إلا باستلامه مؤشراً عليه بالسداد ، وأنه لا تجوز الشهادة فى ذلك ، كان طلب المدين الإحالة على التحقيق لإثبات براءة ذمته من جزء من المبلغ غير مقبول (عابدين ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٥ ص ١٢٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق فى سند الدين على أن الوفاء يجب إثباته بالكتابة ، ولا يجوز إثباته بالبينة حتى فيما يجوز قانوناً =

أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة : فقد كان هناك رأى يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة ، بل لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه فى الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى، وللقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالبينة حتى لو قبلها الخصمان[1] . وكان هناك رأى ثان يميز بين الحالتين ، فلا يجيز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبينة ، ولكنه يجيز تراضى الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول البينة فى الإثبات إذ يكون قد تبين لهما مدى النزاع وأهميته[2] . وكان

= إثباته بالبينة ، هو اتفاق صحيح ويجب إعماله (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٥ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٤ — ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠) .

(١) الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإثبات بالكتابة فيما زاد على ألف قرش هو أمر من النظام العام ، وبأن للمحكمة أن تحكم بعدم جواز الإثبات بالبينة فى هذه الأحوال حتى لو قبل الخصوم الإثبات ، كما أن لها أن تحكم بذلك فى أية حالة كانت عليها الدعوى (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٥ ص ١٠٥٣) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية بأنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المقررة فى المادة ٢١٥ مدنى (م ٤٠٠ جديد) التى تقضى بعدم جواز الإثبات بالبينة فيما يزيد على عشرة جنيهات ، إذ أن الشارع فى تقريره هذه القاعدة لم يتوخ إلا مصلحة النظام العام (بنى سويف الكلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٨٨) .

(٢) والتون ١ ص ٣١٨ — ص ٣١٩ — وهذا هو الرأى الذى كان القضاء يسير عليه فى الكثرة الغالبة من أحكامه . والأحكام التى نذكرها فيما يلى تشير إلى جواز تراضى الخصمين أثناء الدعوى على قبول البينة فى الإثبات ، ولم يعرض أى من هذه الأحكام إلى جواز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبينة :

قضت محكمة النقض بأن الإثبات بالبينة فى الأحوال التى لا يجوز فيها ذلك ليس من النظام العام . فإذا طالب شخص بمبلغ يزيد على الحد الجائز فيه الإثبات بالبينة والقرائن ، مستنداً فى ذلك إلى عقد رهن قال إنه سرق منه فى حادثة جنائية ، وطلب الاثبات بالبينة ، ولم يدفع المدعى عليه بعدم جواز ذلك ، كما أنه لم يبد اعتراضاً منذ تنفيذ الحكم الصادر باحالة الدعوى إلى التحقيق ، فهذا يعتبر قبولا منه للاثبات بالبينة يمتنع معه على المحكمة الاستئنافية أن تتعرض من تلقاء نفسها لهذا الأمر (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٧ ص ٣١٦) . وقضت محكمة النقض فى دائرتها الجنائية بأن السكوت عن التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة قبل البدء فى سماع الشهادة مسقط له ، إذ الأصل أن الذى يدعى عليه بحق كما يملك الاعتراف به لصاحبه ، فيعفيه من إقامة الحجة عليه به ، يملك التنازل صراحة أو دلالة عن حقه فى مطالبة المدعى بالاثبات بطريق خاص قانعا منه بغيره ، لأن مراعاة قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام (نقض جنائى ٨ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١ ص ١٠) . وقضت أيضا بأن الدفع بأن المحكمة أخطأت =

هناك رأى ثالث لا يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، دون تمييز بين حالة وحالة ، فيجيز تراضى الخصمين على قبول البينة أثناء رفع الدعوى ، بل ويجيز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة ، فعنده أن جميع القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، سواء كانت تحتم الكتابة فى الإثبات أو تجيز الإثبات بالبينة ، ليست

= إذ أخذت بشهادة الشهود فى إثبات ما تزيد قيمته على ألف قرش ليس من النظام العام، فلا يجوز التمسك به لأول مرة لدى محكمة النقض (نقض جنائى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٩٤ ص ٦٧٨). وقضت أيضاً بأن سكوت المتهم بالتبديد عن التمسك قبل البدء فى سماع شهادة الشهود بعدم جواز إثبات تسلمه المال المدعى تبديده بالبينة مسقط لحقه فى الدفع بذلك . إذ الأصل أن المدعى عليه بحق ما دام له أن يعترف بالحق المدعى به فيعفى المدعى من أن يقدم أى دليل عليه ، فأنه يكون له أن يتنازل ولو ضمنا عن حقه فى مطالبة المدعى بالاثبات بالطريق المعين فى القانون اكتفاء بغيره ، ومراعاة قواعد الاثبات فى المواد المدنية لا شأن لها بالنظام العام . وإذن فإذا كان المتهم لم يوجه أى اعتراض على سماع شهادة الشهود قبل البدء فى إدلائهم بالشهادة ، حتى ولا بعد الانتهاء من سماعهم ، فان ذلك منه يعد تنازلا عن حقه فى مطالبة المجنى عليه بالإثبات بالكتابة إذا كان الحق المطالب به مما يجب إثباته بالكتابة ، ويمنعه من أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية فيما بعد (نقض جنائى ٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢١٥ ص ٦٣٨) . وقضت أيضا بأن القيود التى جاء بها القانون المدنى فى مواد الاثبات لم توضع للمصلحة العامة وإنما وضعت لمصلحة الأفراد ، فالدفع بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بالبينة يجب على من يريد التمسك به أن يتقدم به إلى محكمة الموضوع . فإذا هو لم يثر شيئا من ذلك ، بل ناقش أقوال الشهود الذين سمعوا فى مواجهته ، فانه يعتبر متنازلا عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون ، ولا يكون له من بعد أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض (نقض جنائى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٦٠ ص ٣٧٥) . وقضت أيضاً بأن قواعد الإثبات فى المواد المدنية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجب على من يدعى عدم جواز إثبات الحق المدعى عليه به بالبينة أن يدفع بذلك لدى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود . فإذا هو لم يتقدم بهذا الدفع إلا بعد سماع الشهود ، فلا يكون له أن يرجع عما سبق أن قبله ضمنا من جواز الإثبات بالبينة (نقض جنائى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٠ ص ٤٥٦) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى ٢٧ ابريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٨١ ص ١٩٧ — ١٩ ابريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ١٠١ ص ٥٣٤ — ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٢٨ ص٣١٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٤٦٥ ص ١٤٢٣ — ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٣ رقم ٨١ ص ١٧٧ — ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٨١ ص ١١٥٤).

ويجوز للخصوم ، بعد أن تراضوا على أن يشهدوا شخصا معينا ، أن يشهدوا شاهداً غيره (نقض مدنى ٤ نوفبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٥ ص ٦٥٧) . ولا يعتبر الاتفاق على إثبات الحالة بمعرفة خبير معين مانعا من رفع دعوى إثبات الحالة بخبير يعينه قاضى الأمور المستعجلة (مصر الكلية مستعجل ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٥) .

من النظام العام [1] .

أما التقنين المدنى الجديد فقد حسم ، فيما نرى ، هذا الخلاف . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من هذا التقنين بعدم جواز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . فأجاز التقنين الجديد صراحةً الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة فى تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات [2] ،

---

(١) وكان هذا هو رأينا فى عهد التقنين المدنى السابق . وكتبنا فى الموجز فى هذا المعنى ما يأتى : «ويمكن القول بشىء من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأى الذى يذهب إليه القضاء فى فرنسا ، ويقول به الفقه فى مصر ، ويجنح إليه القضاء المصرى فى بعض تطبيقاته ... ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسى دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع . ونحن نؤيد هذا الرأى ، لأن قواعد الإثبات إذا كانت فى الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى ، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا ، فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ، ألا بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى ، أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار فى تقديرما يرونه صالحاً ، ما دام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام . وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق، فيستطيعون ، من باب أولى ، رسم طريق خاص لإثباته . سيما أن القاعدة الأساسية فى النظام القضائى هى حياد القاضى ، وتركه الخصوم يديرون دفة الدعوى كما يريدون فى الحدود المشروعة. ومن رأينا أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة ، ويجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الاثبات بالكتابة ، سواء كان هذا الاتفاق وقت رفع الدعوى ، أو من طريق تنازل أحد الخصوم عن حقه فى الاستمساك بالاثبات بالكتابة ، أو كان الاتفاق مقدماً قبل قيام النزاع . ولا نستثنى إلا فرضاً واحداً : حيث يكون الحق المتنازع عليه معتبراً من النظام العام ، كما إذا وقع نزاع على الزوجية أو البنوة أو نحو ذلك ، وكان القانون يتطلب طريقاً معيناً للاثبات ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على طريق آخر ، لأن الحق المدنى الذى يراد إثباته من النظام العام ، فيمتنع على الخصوم أن يحيدوا عن الطريق الذى رسمه المشرع لاثبات هذا الحق ، مراعاة للاعتبارات التى لوحظت فى جعل الحق من النظام العام . فالعبرة إذن ليست بقاعدة الاثبات نفسها ، بل بالحق الذى يراد إثباته» (الموجز فقرة ٦٧٠ ص ٧٠٠ — ص ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه المسألة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧ — ص ٣٩٩) — وأخص ما ورد فى هذه المذكرة صريحا فى المعنى الذى نقول به ، من أن التقنين الجديد يجيز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، هو ما يأتى : « وقد كان المشروع بين أن يرفع قيمة نصاب البينة وبين أن يجيز الاتفاق على مخالفة وجوب الإثبات بالكتابة ، ولا سيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ ص ٤٨١ رقم ١٨٨ — ومجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣١٦ رقم ١٠٧) . وقد روعى التمشى مع مذهب هذا القضاء . على أن أمر الخيار فى هذا الشأن لا يزال =

فبالأولى يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة فى تصرف قانونى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات (١) . كما يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وما دام الاتفاق مقدماً على كل ذلك جائزاً ، فمن الجائز أيضاً ، من باب أولى ، أن يتم الاتفاق على كل ذلك بعد رفع النزاع . وقد يفهم مثل هذا الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذى لجأ إليه خصمه ، ومن مساهمته فى هذا الطريق بمناقشته للشهود فى التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للنفى أو بأى عمل آخر . ولا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم . كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذا لم تكن أثيرت قبل ذلك أمام محكمة الموضوع . ويجوز ، أخيراً ، الاتفاق على الإثبات بالبينة دون القرائن ، أو على الإثبات بالقرائن دون البينة ، وذلك فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها (٢) .

ونتنقل الآن إلى القاعدة العامة فى كل من شقيها .

= موكولا للاستحسان ، فليس ثمة ما يحول دون العدول عن هذا المذهب والنص على رفع نصاب الشهادة ، مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات » . وظاهر أن التقنين الجديد اختار الرأى الأول ، فلم يرفع نصاب الشهادة وأباح الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات .

(١) وتقع هذه التعديلات الاتفاقية فى طرق الإثبات أكثر ما تقع فى العقود مع الملتزمين بالمرافق العامة ، من ماء ونور ونقل وتأمين وغير ذلك . ويلاحظ عند ذلك أنها تقع فى الغالب فى عقود إذعان ، فيكون تفسيرها لمصلحة المذعن ، ويجوز أن تكون تعسفية فيبطلها القاضى أو ينتقص منها .

(٢) ويقول بهذا الرأى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ٢٠ – ص ٢٢ — انظر أيضا من هذا الرأى الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٦٧٤ – ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن المقصود بإمكان الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ هو أن يكون هذا الاتفاق بعد قيام النزاع ، حيث يكون الخصم فى موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له بقبول الإثبات بالبينة ، أما الاتفاق سلفا على التحلل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن فيه نوعا من المضاربة ، هذا إلى أنه من الصعب تصوره ، وإلى أن التقنين الجديد أشار إلى حكم لمحكمة النقض لم يعرض إلا للاتفاق بعد قيام النزاع (أصول الإثبات ص ٣٧٠ – ص ٣٧٣ . انظر أيضا الأستاذ عبد الباسط جميعى فى نظام الإثبات ص ١٥٨ – ص ١٦٠) . ونأخذ على هذا الرأى أنه يواجه فى التقنين الجديد نصا مطلقا لايميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك ، فكلاهما جائز بصريح النص . أما =

المطلب الأول

لا تقبل البينة أو القرائن فى تصرفات قانونية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات

١٩١ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل » .

« ٣ — وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم فى كل وفاء

= الغرر الذى يحتج به فى حالة الاتفاق قبل قيام النزاع فلم يبلغ من الشأن ما يعيب الاتفاق إلى حد أن يجعله باطلا ، وما أيسر على الخصم أن يتجنبه إذا خشيه بأن ينبذ أى اتفاق من هذا القبيل . وليس من الصعب تصور اتفاق على جواز الإثبات بالبينة قبل قيام النزاع ، ويكفى لتصوره أن نفرض سند الدين مكتوباً وقد نص فيه على جواز إثبات وفاء الدين بالبينة . وإذا كانت المذكرة الإيضاحية قد استشهدت بحكم ورد فى حالة الاتفاق بعد قيام النزاع ، فذلك لأن واضع هذه المذكرة لم يكن أمامه حكم ورد فى الحالة الأخرى ، فلم يسعه إلا الاستشهاد بذلك الحكم . على أن محكمة النقض ، كما رأيناها ، تطلق القول فى أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ولا تقصر قولها هذا على حالة دون حالة .

ويرى الأستاذ أحمد نشأت أن المادة ٤٠٠ من التقنين الجديد جاءت مطلقة ، فسوت بين الاتفاق السابق على رفع الدعوى والاتفاق اللاحق ، وكلاهما جائز . ولكنه يرى أنه «كان يحسن بالشارع فى القانون المدنى الجديد أن يفرق بين حالة الرضا صراحة أو دلالة أثناء سير الدعوى وبين حالة الاتفاق مقدماً عند التعاقد أو قبل رفع أى دعوى حيث يخشى أن يقصد المتعاقدان =

لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات[1] » .

وتنص المادة ٤٠١ على ما يأتى :

« لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : »

« (ا) . . . . »

« (ب) إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة » .

« (ج) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة[2] » .

= المضاربة بالشهود » (الإثبات ١ ص ٩٩ — ص ١٠٠) . واحتمال المضاربة بالشهود أضعف من أن يقوم مبرراً للخروج على أصل ثابت فى القانون ، هو أن صاحب الحق إذا استطاع التصرف فيه ، فأولى به أن يستطيع تنظيم طريق لإثباته .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى الجديد فى المادة ٥٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان الالتزام التعاقدى ، فى غير المواد التجارية ، تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة فى إثبات وجود الالتزام أو التخلص منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ — ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام العقد . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل . ٣ — وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقم على أيها دليل كتابى ، جاز الإثبات بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، حتى لو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، وحتى لو كان منشؤها علاقات بين نفس الخصوم أو عقوداً من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم فى كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات» . وفى لجنة المراجعة غيرت عبارة «الالتزام التعاقدى» بعبارة «التصرف القانونى» فى الفقرة الأولى ليكون الحكم أكثر دقة ، فلا يتناول العقود فحسب ، بل ينسحب على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وأضيفت عبارة « ناشئة عن مصادر متعددة » بعد عبارة « طلبات متعددة » فى الفقرة الثالثة لتزيد الحكم الوارد فيها وضوحاً ، كما أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ومنها حذف عبارة «لم يقم على أيها دليل كتابى» لعدم الحاجة إليها ، فأصبح نص المادة مطابقاً تقريباً لما استقر عليه النص فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٤١٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال كلمة «انقضائه» بعبارة «التخلص منه» الواردة فى الفقرة الأولى. ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٤٠٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٣ وص ٤٠٠—ص ٤٠١) .

(٢) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠١ من التقنين المدنى الجديد فى المادة ٥٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً . وأضافت لجنة المراجعة عبارة «ولو لم تزد القيمة على=

وتقابل هذه النصوص المادتين ٢١٥ — ٢١٦/٢٨٠ — ٢٨١ من التقنين المدنى السابق(١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المواد ٥٢ إلى ٥٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤٨٦ إلى ٤٨٩ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد ٢٤١ إلى ٢٤٦ ، وفى التقنين الليبى المادتين ٣٨٧ — ٣٨٨(٢) . وتقابل فى التقنين المدنى الفرنسى

= عشرة جنيهات » فى صدر المادة ، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤) .

(١) وكانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدنى السابق تنص على مايأتى : « فى جميع المواد ، ما عدا التجارية ، إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديوانى أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع منعهم من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال » .

وكانت المادة ٢١٦/٢٨١ تنص على ما يأتى : « إنما لهم استجواب الخصم على حسب القواعد المقررة فى قانون المرافعات للاستحصال على إقراره أو تكليفه باليمين » .

ولا فرق فى الأحكام ما بين نصوص التقنين الجديد ونصوص التقنين القديم ، غير أن النصوص الأولى أدق صياغة وأكثر تفصيلا ، لا سيما فى تحديد أن المراد هو التصرف القانونى دون الواقعة المادية ، وفى عدم قصر محل التصرف على النقود والأوراق ، وفى كيفية تقدير قيمة التصرف القانونى فى الصور المختلفة التى يغلب وقوعها فى العمل على وجه يخالف فى بعض هذه الصور التقنين المدنى الفرنسى كما سنرى .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٢ : يجوز الإثبات بالشهادة فى الالتزامات غير التعاقدية . م ٥٣ : فى الالتزامات التعاقدية يراعى فى جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه الأحكام الآتية . م ٥٤ : ١ — إذا كان الالتزام التعاقدى فى غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة ليرة أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز الشهادة فى إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما فى الالتزامات التجارية إطلاقاً وفى الالتزامات المدنية التى لا تزيد قيمتها على مائة ليرة فيجوز الإثبات بالشهادة . والباقى من النص يطابق تقريباً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى المصرى . م ٥٥ : تطابق تقريباً نص المادة ٤٠١ من التقنين المدنى المصرى . ونرى من ذلك ألا خلاف فى الأحكام ما بين القانون السورى والتقنين المصرى ، حتى فى نصاب البينة ، فهو مائة ليرة فى القانون السورى ، ويعادل تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤١ : إن العقود أو غيرها من الأعمال القانونية التى يقصد بها إنشاء موجبات وحقوق أو انتقالها أو إسقاطها لايجوز إثباتها بالبينة الشخصية إذا =

المواد ١٣٤١ — ١٣٤٦ [1] .

ويخلص من نصوص التقنين المدنى المصرى أن التصرف القانونى لايجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشيء عن هذا التصرف

=كانت قيمتها تتجاوز خمساً وخمسين ليرة لبنانية سورية، بل يجب أن ينشأ لها سند لدى الكاتب العدل أو سند ذو توقيع خاص . م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : (١) فى المواد التجارية . (٢) إذا كان ما يراد إثباته ليس عملا قانونياً بل مجرد فعل مادى كالجرم أو شبه الجرم أو شبه العقد . وليس العمل القانونى الذى يعقد بين شخصين أو عدة أشخاص إلا فعلا مادياً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين الذين لا علاقة لهم به ، فيجوز لهؤلاء أن يثبتوه على هذا الوجه . (٣) ... م ٢٤٣ : فى الدعاوى التى تزيد قيمتها عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية : تبقى البينة الشخصية غير مقبولة فيها وإن تكن قيمة المطلوب تقل عن هذا المبلغ . وعليه فإن طلب مبلغ يقل عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية لا يجوز إثباته بالبينة الشخصية إذا كان هذا المبلغ بقية أو جزءاً من دين تزيد قيمته على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ولم يثبت بسند خطى . م ٢٤٤ : يجب أن تقدر قيمة الدعوى بالنظر إلى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العمل القانونى — م ٢٤٥ : إذا كانت القيمة المتنازع عليها تزيد على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، فلا يجوز للمدعى أن يجزىء طلبه ، ولا أن يتنازل عن قسم من دينه ، ليجعل قيمته أقل من خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، إذ أن العبرة لقيمة الحق المتنازع عليه لا لقيمة الطلب — م ٢٤٦ : إذا كان للمدعى على المدعى عليه عدة حقوق متميزة أصلا وسبباً ، وكانت قيمة كل منها تنقص عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية مع أن قيمة المجموع تزيد على هذا المبلغ ، فإن البينة الشخصية تقبل من المدعى ولو أقام دعوى واحدة للمطالبة بحقوقه المتعددة . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، بالرغم مما بينهما من اختلاف فى الصياغة والأسلوب والألفاظ . غير أن نصاب البينة فى التقنين اللبنانى هو خمس وخمسون ليرة لبنانية سورية ، وقيمتها أقل من عشرة جنيهات مصرية) .

التقنين المدنى العراقى : المواد ٤٨٦ إلى ٤٩٦ تطابق تقريباً نصوص قانون البينات السورى، وتقرب كثيراً من نصوص التقنين المدنى المصرى . ولا تختلف أحكام هذه المواد عن أحكام التقنين المصرى ، حتى فى نصاب البينة،فهو عشرة دنانير فى التقنين العراقى ، وهى قيمة تساوى تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية م ٣٨٧ : مطابقة للمادة ٤٠٠ من التقنين المدنى المصرى — م ٣٨٨ : مطابقة للمادة ٤٠١ من التقنين المدنى المصرى . فالأحكام فى التقنينين إذن واحدة . ونصاب البينة هو عشرة جنيهات ليبية وتساوى تقريبا عشرة جنيهات مصرية .

(١) التقنين المدنى الفرنسى : م ١٣٤١ سبق إيرادها — م ١٣٤٢ : تسرى القاعدة المتقدمة (ضرورة الإثبات بالكتابة) فى حالة ما إذا اشتملت الدعوى ، فوق المطالبة بالأصل ، على المطالبة بالفوائد ، وكان الأصل مضموماً إليه الفوائد يزيد على خمسة آلاف فرنك (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٢ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٣ : إذا طالب=

لا تزيد على عشرة جنيهات مصرية . فان كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص فى القانون يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . أما الاتفاق ، فقد قدمنا أن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما يزيد على عشرة جنيهات ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات . وأما النص ، فهناك نصوص قانونية تجيز الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها وسنرى تفصيل ذلك . كما توجد نصوص توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات ، من ذلك عقد الصلح (م ٥٥٢ مدنى) وعقد الكفالة (م ٧٧٣) وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م ٨٥١ مدنى) واتفاق التحكيم (م ٨٢١ مرافعات) والشركات التجارية (م ٤٠ و٤٦ تجارى) وشروط استخدام قبودان السفينة وضباطها وملاحيها (م ٦٥ بحرى) وعقد إيجار السفينة (م ٩٠ بحرى) وعقد التأمين البحرى (م ١٧٤ بحرى)[1] . فاذا لم يوجد اتفاق أو نص ، فالقاعدة هى

= شخص بما يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة حتى لو أنقص طلبه الأصلى (يوافق هذا الحكم حرف (ج) من المادة ٤٠١ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٤ : لا يجوز الإثبات بالبينة فى طلب ولو قل عن خمسة آلاف فرنك ، إذا ظهر أن هذا الطلب هو الباقى أو هو جزء من حق أكبر لم يثبت بالكتابة (يوافق هذا الحكم حرف (ب) من المادة ٤٠١ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٥ : إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقم على أيها دليل كتابى ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت فى أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٦ : جميع الطلبات التى ليس عليها دليل كتابى كامل ، أياً كان مصدرها ، يجب ضمها فى دعوى واحدة . ولا يقبل بعد ذلك أى طلب لا يكون عليه دليل كتابى (يخالف هذا الحكم أحكام القانون المصرى) .

(١) وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٦٣/٤٤٦) يوجب أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنيهات . هذا أما الهبة والرهن الرسمى والوقف وبيع السفينة فتصرفات شكلية ، الكتابة فيها لانعقاد التصرف لا لمجرد إثباته .

ما قدمنا(١) . ويقتضى الأمر إذن أن نبحث مسألتين : (ا) كيف نحدد التصرفات القانونية المدنية التى تسرى عليها هذه القاعدة . (ب) كيف نحدد قيمة الالتزامات شئة عن هذه التصرفات لنرى هل تزيد على عشرة جنيهات أو لا تزيد عليها .

§ ١ — تحديد التصرف القانونى

١٩٢ — الاتفاقات والعقود : تسرى القاعدة المتقدم ذكرها على جميع التصرفات القانونية المدنية . فهى إذن لا تسرى على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية كما تقدم القول(٢) .

ويدخل فى التصرفات القانونية المدنيـة جميع الاتفاقات والعقود ، أياً كان الأثر الذى يترتب عليها .

فتـدخل العقود والاتفاقات التى تنشىء الالتزام أو تنقل الحق العينى ، كالبيع والقرض والإيجار والمقاولة والوكالة والعارية والوديعة (٣) والوعد بالبيع

---

(١) وغنى عن البيان أن التصرف القانونى ، إذا كانت الكتابة واجبة فى إثباته ، يثبت أيضاً فى هذه الحالة بالإقرار وباليمين (استئناف مختلط ٦ يونية ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣١ — ٧ يناير سنة ١٨٩١ م٣ ص ١٠٦ —٢ يناير سنة١٨٩٦م ٨ ص ٦٧ — ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥ — أول أبريل سـنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ — ٢٩ ديسمبر سـنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٨٧ — ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٢) أما التصرف المدنى ، ولو كان بين تاجرين ، فيدخل فى القاعدة (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص ٤٩٣ — ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢) .

(٣) أما الوديعة الاضطرارية فتثبت بجميع الطرق لوجود المانع من الكتابة ، وسيأتى بيان ذلك . وفى خصوص الوديعة الاختيارية ، يلاحظ أن المادة ١٣٤١ من التقنين المدنى الفرنسى ذكرتها صراحة . والسبب فى ذلك أن أمر مولان (Moulin) الذى سبقت الإشارة إليه كان عاماً يشمل الوديعة وغيرها من التصرفات ، ولكن لما كان المودع عنده شخصا متفضلا يتبرع عادة بحفظ الوديعة ، فيتحرج المودع أن يطالبه بوثيقة مكتوبة لإثبات الوديعة ، فقد قيل فى ذلك الوقت إن الوديعة لا يلزم فى إثباتها الكتابة ، فجاء أمر سنة ١٦٦٧ يذكرها صراحة على أنها داخلة فى القاعدة وأن الكتابة لإثباتها واجبة ، حتى يزيل هذا اللبس . وانتقل هذا النص الصريح إلى المادة ١٣٤١ (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٧٨٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٣) .

أو بالشراء وغير ذلك من العقود والاتفاقات الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تقضى الالتزام أو تنقله ، كالوفاء والتجديد (١) وحوالة الحق وحوالة الدين (٢) .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أى أثر قانونى آخر ، كالاتفاق على تأجيل الدين ، أو إضافة شرط له ، أو إلغاء شرط فيه ، أو النزول عن جزء منه ، أو الاتفاق على فوائد للدين أو إنقاصها أو زيادتها أو إلغائها ، أو الاتفاق على إعطاء تأمين بالدين كرهن أو كفالة ، أو الحلول الاتفاقى .

وقد قدمنا أن القانون يتطلب ، فى بعض الأحوال ، فوق الكتابة ، شكلا خاصاً كالرسمية ، ويكون هذا الشكل ضرورياً ، لا لإثبات العقد فحسب ، بل أيضاً لانعقاده ، وذلك كالهبة والرهن الرسمي . وقد يكون مجرد الكتابة ، ولو عرفية ، ضرورية لانعقاد العقد لا لإثباته فحسب ، وذلك كعقد الشركة (م ٥٠٧) . وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد أياً كانت قيمته ، وليست لازمة لانعقاده ، وذلك كالصلح والتحكيم . ومن ذلك نرى أن العقد قد يشترط لانعقاده كتابة رسمية ، أو كتابة عرفية ، وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد لا لانعقاده ، تارة فى جميع الأحوال ، وطوراً فيما يجاوز عشرة جنيهات (٣) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستبدال (التجديد) حقيقة قانونية إن صح القول فيها بأنها لا تفترض كما نص على ذلك فى المادة ١٢٧٣ من القانون الفرنسى ، فهى من الحقائق المركبة التى كما يمكن إثباتها بالكتابة الصريحة يصح إثباتها بطريق الاستنتاج كمبدأ الاثبات بالكتابة تعززه القرائن وظروف الأحوال المؤيدة له (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٠ ص ١٢) .

(٢) وكذلك الإبراء فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان يتم بالاتفاق ، لا بالإرادة المنفردة كما هو الأمر فى التقنين المدنى الجديد .

(٣) وقد قدمنا أنه إذا كان التعبير عن الإرادة فى العقد يستخلص من وضع مادى ، وجب التمييز بين التعبير عن الإرادة فى ذاته ، ويكفى فيه هذا الوضع المادى ، وبين إثبات هذا التعبير ، ولا يجوز إلا بالكتابة فيما يجاوز النصاب . ومن ذلك القسمة ، والهبة اليدوية والوكالة الضمنية (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ وأحكام القضاء الفرنسى التى أشير إليها فى هذا المرجع — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧) .

١٩٣ — التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة : ولا يقتصر سريان القاعدة على العقود والاتفاقات التى تتم بإرادتين متوافقتين ، ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، بل تسرى القاعدة أيضاً على كل تصرف قانونى ولو كان صادراً عن إرادة منفردة . ويرجع ذلك إلى أن كل تصرف قانونى — إرادة كان أو أكثر — يمكن إعداد الدليل عليه مقدماً ، فهو قابل للدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، ومن ثم اشترط القانون فى إثباته الكتابة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات(١) .

---

(١) لارومبيير ٦ م ١٣٤١ فقرة ٦ — ديمولومب ٣٠ فقرة ١٤ — لوران ١٩ فقرة ٤٠٦ — هيك ٨ فقرة ٢٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ — وقد ورد عكس ذلك خطأ فى الموجز ص ٦٩٨ .

هذا وقد قدمنا ، فى تاريخ نص المادة ٤٠٠ ، أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة «الالتزام التعاقدى» ، فغيرت هذه العبارة فى لجنة المراجعة بعبارة « التصرف القانونى » حتى يتناول الحكم ، لا العقود فحسب ، بل ينسحب أيضا على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وكان المشروع الأولى للاثبات (م ٢٣) يذكر عبارة « التصرف القانونى » ، التى عدل عنها إلى عبارة « الالتزام التعاقدى » فى المشروع التمهيدى ، ثم صححت العبارة فى المشروع النهائى كما تقدم القول (انظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٢ هامش رقم ٢) .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويشترط لتطبيق الحكم الوارد فى المادة ٥٣٨ من المشروع توافر شرطين : يتعلق أولهما بطبيعة التصرف الذى يجرى إثباته ، ويتصل الثانى بقيمة هذا التصرف . ويراعى بالنسبة للشرط الأول ، وهو الخاص بطبيعة التصرف ، أن التقنين الفرنسى (م ١٣٤١) قد استعمل فى معرض بيان هذه الطبيعة عبارة « كل شىء » وأن التقنين المصرى (السابق) قد جعل من اصطلاح «جميع المواد» بديلا من هذه العبارة ، فى حين اقتصر المشروع الفرنسى الإيطالى على ذكر «العقود» . وقد آثر المشروع الإفصاح عن مراده ، فصرف النص إلى «جميع الالتزامات التعاقدية» (ثم عدلت بعد ذلك فى لجنة المراجعة فصارت «التصرف القانونى») . على أن الفقه والقضاء فى مصر متفقان على أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب ، بل ينسحب حكمها على سائر التصرفات القانونية ، فلا يخرج من نطاقها إلا الوقائع القانونية . وغنى عن البيان أن التصرف القانونى ينصرف إلى كل تعبير عن الإرادة يقصد منه إلى ترتيب أثر قانونى . وهو بهذه المثابة لا يقتصر على العقود فحسب ، بل يشمل الإرادة المنفردة كالإيجاب والقبول والتنازل عن حق الوفاء والإجازة . وبديهى أن صاحب الحق لا يعنى بتهيئة الدليل وقت انعقاد التصرف القانونى ما لم يكن قد قصد منه إلى ترتيب آثار قانونية لصالحه . أما الوقائع القانونية ، وهى التى يستقل القانون بترتيب آثارها ويلتزم محدثها =

فتسرى القاعدة إذن على الإيجاب الملزم ، والقبول ، والوعد بجائزة ، والإجازة (confirmation) ، والإقرار (ratification) ، والاعتراف بدين طبيعى ، والإقرار بالدين ، والإبراء فى التقنين المدنى الجديد ، وقبول المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وقبول الغير فى التعهد عن الغير ، وفسخ العقد ، وإلغائه إذا كان غير محدد المدة كما فى الإيجار والوكالة والعارية والوديعة ، واستعمال حق الخيار فى الالتزامات التخييرية ، والرجوع فى الهبة ، والنزول عن حق عينى كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن ، والنزول عن الشفعة ، واعتماد الحساب ، والتنبيه بالاخلاء .

على أن هناك تصرفات قانونية بارادة منفردة يتطلب القانون فيها شكلا خاصاً لانعقادها ، لا لإثباتها فحسب ، وذلك كالإعذار (م ٢١٩ مدنى) ، وعرض الدين على الدائن (م ٣٣٤–٣٤٠ مدنى)(١) ، وتطهير العقار (م١٠٦٥– ١٠٦٦ مدنى) ، والأخذ بالشفعة (م ٩٤٢)(٢) .

= دون أن يسعى إلى ذلك ، فن المستحيل فى الأصل أن يهيأ دليل كتابى بشأنها . ولذلك أبيح إثبات هذه الوقائع بالبينة ، سواء أكانت منشئة لأشباه عقود أو جنح أو أشباه جنح . وتستخلص من ذلك نتيجتان : ا — (أولاهما) أن الوقائع المادية لا ينبغى أن تذكر بين الاستثناءات التى ترد على الحكم المتقدم ذكره ، لأن هذا الحكم لا يسرى بشأنها . وقد حاد التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى (م ١٣٨٤) عن جادة المنطق بازاء الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح ، بوصفها أمثلة لهذه الاستثناءات . ب — (والثانية) يدخل فى الاستثناء التصرفات القانونية غير المعينة القيمة (انظر المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المصرى) والتصرفات القانونية التى أوجب القانون بالنص إثباتها بالكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٦ – ٣٩٧) .

(١) محكمة أسيوط الكلية (دائرة استئنافية) ١٧ دسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨ – محكمة ملوى ٦ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٩ .

(٢) ويميز القضاء الفرنسى بين التصرف القانونى فى ذاته وبين مشتملاته . فمتى ثبت التصرف القانونى بالدليل الواجب قانوناً ، أمكن اثبات مشتملاته بالبينة وبالقرائن . ويقول بيدان وپرو (٩ فقرة ١٢٦٤) أن الأمر واضح إذا ثبت التصرف باقرار المدين أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فانه يمكن حينئذ تكملة الدليل – بإثبات المشتملات – بالبينة وبالقرائن . أما إذا ثبت التصرف بالدليل الكتابى الكامل ، فكيف يمكن إثبات المشتملات بالبينة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ؟ هنا يمكن القول بالتمييز بين المشتملات المادية (contenu matériel) للورقة المكتوبة ، وهذه لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها إلا بالكتابة ، والمشتملات المعنوية (contenu intellectuel) أى تفسير المشتملات المادية وتحديد مداها ، فهذه يمكن إجراؤها بالبينة وبالقرائن (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٧) .

§ ٢ — تحديد قيمة الالتزام

١٩٤ — نصاب البينة عشرة جنيهات : حتى يجوز إثبات التصرف القانونى بالبينة أو بالقرائن ، يجب ألا تزيد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات مصرية . وهذه القيمة هى ذاتها التى كان التقنين المدنى السابق قد حددها ، لم يزدها التقنين الجديد بالرغم من أن قيمة العملة قد نقصت كثيراً عن ذى قبل . وكان التفكير قد اتجه ، فى لجنة المراجعة ، إلى رفع هذا النصاب إلى عشرين جنيهاً . ولكن عدل عن ذلك واستبقى النصاب كما هو ، عشرة جنيهات . ومعنى ذلك أن النصاب قد نزل ، فى الحقيقة ، بانخفاض قيمة العملة ، إلى أقل من الربع ، ويبرر ذلك انتشار التعليم فى البلاد . وقد رأينا أن استبقاء نصاب البينة فى هذا المستوى المنخفض حمل المشرع على أن يبيح الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث تكون الكتابة لازمة ، وسنرى كذلك ، ولنفس السبب ، أن تقدير قيمة الالتزام فى التقنين الجديد ينظر فيه إلى أصل الالتزام دون ضم الفوائد والملحقات ، وأن الدعوى إذا اشتملت على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فلا تضم هذه الطلبات بعضها الى بعض بل تبقى البينة جائزة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

وقد التزمت التقنينات المدنية العربية الأخرى نصاباً مماثلا . فالنصاب فى التقنين المدنى العراقى عشرة دنانير ، وفى التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية عشرة جنيهات ، وفى قانون البينات السورى مائة ليرة ، وهذه قيم تتقارب كثيراً مع قيمة النصاب فى التقنين المدنى المصرى . أما فى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى فالنصاب أقل كثيراً ، إذ هو خمس وخمسون ليرة .

وكان النصاب فى القانون الفرنسى القديم مائة جنيه . ثم نقص فى تقنين نابليون إلى مائة وخمسين فرنكاً بسبب انتشار الكتابة . ولما نزلت قيمة العملة ، رفع النصاب إلى خمسمائة فرنك بقانون صدر فى أول أبريل سنة ١٩٢٨ ، ثم إلى خمسة آلاف من الفرنكات بقانون صدر فى ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٨ ،

وقد تقدم ذكر ذلك[١] .

وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فيسهل عندئذ تحديد قيمته . وإذا كان النقد أجنبياً حول إلى نقد مصرى بسعره وقت صدور التصرف القانونى لا وقت المطالبة .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود ، قدر القاضى قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة ، دون أن يتقيد فى ذلك بتقدير المدعى ، وله عند الحاجة أن يستعين بخبير . فاذا طالب المدعى بأمتعة أو أثاث مثلا أودعها عند المدعى عليه ، وقدرها بعشرة جنيهات أو أقل ، ومن ثم طلب إثبات الوديعة بالبينة ، وعارض المدعى عليه متمسكاً بأن الأثاث المدعى به هو ملكه وأنه لو صحت الوديعة فان قيمة الأثاث تبلغ أكثر من عشرة جنيهات فلا يجوز إثبات الوديعة بالبينة ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت إبرام عقد الوديعة لا وقت رفع الدعوى[٢] . ومتى عينت القيمة وقت إبرام العقد ،

---

(١) ورفع النصاب أيضاً ، بقانون ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ ، إلى عشرة آلاف من الفرنكات فيما يتعلق بالمدفوعات التى تقوم بها الدولة والأشخاص المعنوية العامة . هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، استعراضاً للقيم المتفاوتة للنصاب فى التشريعات المختلفة ، ما يأتى : «أما الشرط الثانى فهو يتعلق بالقيمة التى تعتبر نصاباً للشهادة . وقد حدد التقنين الفرنسى والتقنين البلجيكى هذه القيمة بمائة وخمسين فرنكاً ، وحددها التقنين الإيطالى بخمسمائة ليرة . ثم زيدت إلى خمسمائة فرنك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٢٨ فى فرنسا ، وإلى ألفين من الفرنكات بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٣٨ فى بلجيكا ، وإلى ألفى ليرة بمقتضى المرسوم الصادر فى ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٢٢ فى إيطاليا . وجعلها المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٩٣) ألفى ليرة أو فرنك . والواقع أن هبوط قيمة النقد أفضى فى الدول التى حددت نصاب الشهادة بمبلغ مائة وخمسين فرنكا إلى الحيلولة دون تطبيق الأحكام المتعلقة بالإثبات بالبينة عملا . ولم يبلغ ما طرأ على قيمة النقد المصرى من التغيير مبلغ ما أصاب النقد فى أوروبا ، ولهذا لم ير المشرع وجهاً لرفع نصاب الإثبات بالبينة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧) . وقد رأينا أن لجنة المراجعة ، بالرغم مما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، قد فكرت فعلا فى رفع نصاب البينة إلى عشرين جنيها ، ولكنها عدلت عن ذلك للاعتبارات التى قدمناها .

(٢) كذلك إذا تمسك أحد المتعاقدين بفسخ العقد مطالباً بتعويض لا يجاوز النصاب وطلب الإثبات بالبينة ، جاز للمتعاقد الآخر أن يعارض فى تقدير التعويض ، وأن يتمسك بأنه حتى لو ثبت وجود العقد ، فان التعويض يجاوز النصاب فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة . أما إذا طالب المدعى بقيمة شرط جزائى يقول إنه لا يجاوز النصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه أن يعارض فى صحة =

فلا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة[١] .

أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة كدعوى تقديم حساب لا يعرف بعد رصيده[٢] ، فانه لا يجوز الإثبات هنا بالبينة أو بالقرائن ، ويعتبر الالتزام غير محدد القيمة كالالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات فلا يجوز إثباته الا بالكتابة .

١٩٥ — العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة :

وقد رأينا فيما تقدم أن العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . وهذا هو الحكم الذى يتفق مع طبائع الأشياء . ذلك أن الدليل الكتابى المطلوب فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات هو دليل مهيأ يجب

= هذه القيمة ، وإلا كان مسلماً بوجود العقد . فلا مناص إذن من التسليم مؤقتاً بقول المدعى وإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيمة الشرط الجزائى ، فإن تبين من التحقيق أن القيمة تزيد على النصاب لم تقبل البينة فى إثباته (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٣ وهامش رقم ٣٣) .

والعبرة بقيمة ما يبقى فى ذمة المتعهد وقت التزامه . فاذا تم البيع بثمن قدره عشرون جنيها دفع نصفه فوراً ، فالعبرة بالنصف الذى يبقى فى ذمة المشترى وقت العقد لا بكل الثمن ، لأن هذا النصف فقط هو الذى كان يخشى إنكاره وكان ينبغى الاحتياط لإعداد الدليل عليه (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٥) .

وفى إثبات عقد الرهن تكون العبرة بقيمة الشيء المرهون لا بقيمه القرض (جنح مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٤٨ ص ٣٩٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٤ هامش رقم ١ — عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٦ ص ١٨٦) .

وفى إثبات عقد الكفالة تكون العبرة بالمبلغ المكفول . وقد قضت محكمة تمييز العراق بأن الكفالة تتبع فى أمر إثباتها أصل المبلغ المكفول به ، فان كان مما تجوز الشهادة فيه قبلت ، وإلا فلا (القرار المرقم ١٠١٠/ص/١٩٤٨ مجلة القضاء ٦ عدد ١ و٢ ص ١٠٥ — الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٣٩٩) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً إيداع مستندات غير محددة القيمة ، كشهادة طبية أو دبلومات علمية (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٤ وهامش رقم ٣ — قارن استئناف أهلى ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ١٨٥ ص ٣٣٢) . ومثل ذلك أخيراً حق الشخص فى البناء على أرض ، فهو غير محدد القيمة ، ولو كانت الأرض لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٦ ص ٢٢١ هامش رقم ٤) .

إعداده مقدماً عند صدور التصرف . فلا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند هذا الوقت لمعرفة ما إذا كان واجباً عليه إعداد هذا الدليل [١] .

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ ، فقد رأينا أنها تقضى بأن « يقدر الالتزام وقت صدور التصرف » [٢] . ومن ثم فالعبرة ليست بما يطلبه المدعى وقت رفع الدعوى أو بعد رفعها ، بل بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف .

ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتان : (الأولى) أن المدعى إذا طالب بمبلغ أكبر من عشرة جنيهات على أساس تصرف قانونى قيمته وقت صدوره لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . (والثانية) أن المدعى إذا طالب بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات على أساس تصرف قانونى تزيد قيمته وقت صدوره على عشرة جنيهات ، لم يجز الإثبات بالبينة أو بالقرائن بل وجب تقديم دليل كتابى .

١٩٦ — النتيجة الأولى — المطالبة بأكثر من عشرة جنيهات على أساس تصرف قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات : رأينا أن الإثبات هنا يجوز أن يكون بالبينة وبالقرائن ، لأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى بأنه : «يجوز الإثبات بالبينة (وبالقرائن) إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات الى الأصل » . فهنا لا تزيد قيمة الالتزام وقت صدور

---

(١) أنظر فى الدفاع عن هذا المبدأ فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ هامش رقم ٢٤ .

(٢) وكانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « إذا كان المدعى به » وهذه العبارة توهم أن العبرة بالقيمة وقت المطالبة . ولكن النص كان يفسر ، مع ذلك ، بأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف . وقد تجنب النص الفرنسى لهذه المادة اللبس الذى وقع فيه النص العربى ، فقد كان يجرى على الوجه الآتى :

Quand il s'agira de sommes ou valeurs supérieures à 1000 P. T....

التصرف على عشرة جنيهات . ومن ثم يكون من حق الدائن الإثبات بالبينة وبالقرائن ، ولو طالب المدين بأزيد من عشرة جنيهات إذا كانت هذه الزيادة إنما أتت من ضم مصروفات الدين وفوائده إلى أصله . إذ العبرة بقيمة الالتزام فى أصله وقت صدور التصرف ، وهذه القيمة لا تزيد على عشرة جنيهات ، ولا يحسب ما يضاف الى هذا الأصل من ملحقات وفوائد[1] . ولو قلنا بغير ذلك لكان فى هذا القول بعض الحرج على الدائن . ويكفى أن نفرض أن الدائن أقرض المدين تسعة جنيهات بفائدة ٧ ٪ لمدة سنة واحدة . فمن حق هذا الدائن أن يعتمد فى إثبات حقه على البينة والقرائن ، وليس عليه أن يحصل على دليل كتابى ، فان أصل الدين تسعة جنيهات ، بل إن أصل الدين وفوائده لمدة السنة لا تزيد كلها على عشرة جنيهات . فاذا استمهل المدين الدائن فى سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن ، كان مجموع الدين وفوائده فى نهاية السنتين أكثر من عشرة جنيهات . فاذا نحن لم نقتصر على أصل الدين فى حساب نصاب البينة ، بل ضممنا الى الأصل الفوائد ، لما جاز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة .

ويذهب التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٢) فى هذه المسألة مذهباً آخر . فهو ، إمعاناً منه فى كراهية الإثبات بالبينة ، يقضى بضم الملحقات والفوائد إلى الأصل فى حساب نصاب البينة . ففى المثل المتقدم ما دام القرض وفوائده لمدة السنة — ومجموع ذلك كان معلوماً للدائن منذ صدور عقد القرض — لا يزيد على نصاب البينة ، فلا عليه أن يغفل كتابة سند بالدين إذ له أن يعتمد فى إثبات حقه على البينة . أما أذا رضى بتأجيل الدين سنة أخرى ، فأصبح مجموع الأصل والفوائد يزيد فى نهاية السنتين على نصاب البينة ، فقد كان عليه وقت أن رضى بالتأجيل أن يشترط لذلك كتابة سند بالدين وفوائده لأنه لم يعد يستطيع الإثبات بالبينة بعد التأجيل . وأما الفوائد التى لا تستحق إلا بعد رفع الدعوى فهذه لا تضم

---

(١) قارن الموجز للمؤلف ص ٦٩٩ . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص يماثل الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى الجديد ، فكان الفقه يميل إلى الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، وسنرى أن هذا الحكم يقضى بضم الملحقات والفوائد لحساب نصاب البينة . فاذا اعتبرنا أن التقنين الجديد قد استحدث الحكم القاضى بعدم الضم ، فإن هذا الحكم الجديد لا يسرى إلا على التصرفات التى نشأت منذ ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ سريان التقنين الجديد .

الى الأصل فى حساب النصاب ، لأنها لم تكن معروفة ولا تمكن معرفتها وقت صدور التصرف [1] .

والحكم الذى أورده التقنين المدنى المصرى الجديد فى عدم ضم الفوائد والملحقات الى الأصل ، وخالف به حكم التقنين المدنى الفرنسى ، منقول عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو أيسر فى حساب النصاب وأقرب الى المنطق ويوازن فى الوقت ذاته مستوى النصاب المنخفض كما تقدم القول [2] .

---

(١) ديرانتون ٨ فقرة ٣١٩ — لارومبيير ٥ م ١٣٤٢ فقرة ١ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢١ وهامش رقم ٢٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٣ .

وفى القانون المدنى الفرنسى ، إذا كان هناك شرط جزائى عن التأخير ، ضم إلى الأصل فى حساب النصاب لأنه كان معروفاً منذ صدور التصرف . أما التعويض عن التأخير الذى يقدره القاضى فلا يضم إلى الأصل ، لأنه لا يكون معروفاً وقت صدور التصرف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٢ هامش رقم ٣٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٤) .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٥٩ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات . ويراعى أن التقنين الفرنسى (المواد ١٣٤٢—١٣٤٥) والتقنين الإيطالى (المواد ١٣٤٢ — ١٣٤٦) والمشروع الفرنسى الإيطالى تناولت جميعا بيان الأحكام التى تتبع فى تقدير قيمة الالتزام الذى يراد إقامة الدليل بشأنه . بيد أن التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين الهولندى تقرر جميعا إضافة الفوائد إلى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع ، بينما ينص المشروع الفرنسى الإيطالى على جواز الإثبات بالبينة حيث لا تجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد إلى أصل الدين . وغنى عن البيان أن النص الوارد فى هذا المشروع يعتبر أدنى إلى العقل والمنطق ، لأن تقدير وجوب الحصول على دليل كتابى مهيأ ينبغى أن يناط بقيمة التصرف عند انعقاده . ولذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ من المشروع على قاعدة وجوب الرجوع إلى قيمة الالتزام وقت تمام التعاقد ، فجعلت بذلك أصل الدين دون الملحقات مناطا للتقدير . ويلاحظ أن هذه الفقرة تتمشى مع نصوص المادة ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصرى الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الإختصاص النوعى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩) . هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ من تقنين المرافعات الجديد تقضى بأنه « فى الأحوال التى يبين فيها القانون اختصاص المحكمة على أساس قيمة موضوع الدعوى ، تقدر هذه القيمة باعتبارها يوم رفع الدعوى ، ويدخل فى التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتضمينات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة » . وضم الملحقات إلى الأصل فى تقدير قيمة الدعوى يوم رفعها أمر معقول ما دامت الملحقات مقدرة القيمة ، فى يوم رفع الدعوى يقدر المدعى قيمة ما يدعيه . أما فى الإثبات ، فالدائن يقدر قيمة ما يدعيه يوم صدور التصرف القانونى لا يوم رفع الدعوى ، فينبغى الوقوف عند التاريخ الأول دون الثانى فى معرفة ما إذا كان الدليل الكتابى لازما أو غير لازم .

(٢) لو أن شركة محاصة — وتخضع فى الإثبات للقواعد العامة — كان رأس مالها لايزيد على عشرة جنيهات ، وكان ربح أحد الشركاء من هذه الشركة أكثر من عشرة جنيهات، وطالب الشريك بهذا الربح وكان عليه أن يثبت وجود الشركة ، جاز له أن يثبت وجودها بالبينة وبالقرائن ، ولو أن المبلغ الذى يطالب به أكثر من عشرة جنيهات . ذلك أنه يؤسس مطالبته على عقد شركة لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات، والعبرة بالقيمة وقت صدور التصرف ، لا بالمبلغ المطالب به وقت رفع الدعوى(١) .

= هذا ولا يعيب القاعدة التى رسمها التقنين المدنى الفرنسى من ضم الملحقات إلى الأصل فى حساب النصاب أنها عسيرة التطبيق ، فتطبيقها غير عسير ، كما رأينا ، ما دامت الملحقات التى تضم إلى الأصل معلومة المقدار وقت صدور التصرف . ولكن الأيسر عدم الضم ، فتتقى صعوبات من نحو حساب الشرط الجزائى وعدم حساب التعويض القضائى فى النصاب . ثم إن قاعدة عدم الضم ، كما بينا ، تعالج بعض الشىء انخفاض المستوى فى نصاب البينة (أنظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ — وقارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات فقرة ٥٩ ص ٥٩) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ص ٣١٩ — ص ٣٢٠ .أما إذا كانت الشركة غير متنازع فى وجودها، فالعبرة بالمبلغ المطلوب . وقد قضت محكمة بنىسويف الجزئية بأنه إذا طالب الشريك شريكه بمبلغ لا يزيد على ألف قرش باق من حساب شركة ، جاز له إثباته بالبينة ، ولو كان رأس مالها يزيد على ذلك ، متى كانت الشركة غير متنازع فى وجودها ، لأن الإثبات بالبينة فى هذه الحالة تنحصر فائدته فى مبلغ لا يزيد على الألف قرش (١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٩٦) .

ويقع أن يشترك عدد من الأشخاص فى شراء «أوراق النصيب» ، والثمن لا يجاوز النصاب عادة ، ولكن الربح المأمول من الورقة يزيد كثيراً على النصاب . فهل العبرة فى إثبات الشركة بثمن الورقة فيجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، أو بالربح المأمول فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ؟ يذهب الأستاذ بلانيول (٢ فقرة ١١٢٧) إلى أن العبرة بثمن الورقة . وانظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى جنائى ٢ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٤١ — ١ — ١٦١ — مونبلييه ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ — ٤١٤ — محكمة سيدان الابتدائية ١٠ يولية سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٤٥ — ٢ — ٢٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٢ — والصحيح فى رأينا أن ثمن الورقة ليس هو محل الشركة، بل محل الشركة هو الربح المأمول ، فالعبرة به فى الإثبات ، ولايجوز إذن إثبات الشركة فى ورقة النصيب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بجواز إثبات الشركة بالبينة وجعلت العبرة بثمن الورقة — فى قضية الشركة فى ورقة النصيب التى ربحت عمارة المواساة المشهورة — ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، وقضت بأن العبرة تكون بالربح المأمول لا بثمن الورقة ، فإثبات الشركة فى الورقة يكون بالكتابة . وجاء فى أسباب حكمها ما يأتى : « إذا =

(٣) لو أن عقداً لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات أخل به المدين ، فرجع الدائن بتعويض يزيد على عشرة جنيهات بسبب هذا الإخلال ، جاز له أن يثبت وجود العقد بالبينة وبالقرائن ، ولو أنه يطالب بمبلغ يزيد على عشرة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على عقد لا تزيد قيمته على نصاب البينة[1] .

= كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم إلى غرض معين وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل ، ثم تنازعوا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده ، فإن العبرة فى تقدير قيمة النزاع فى صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ولو كانت قيمة ما ساهم فيه المتعاقدون جميعهم مما يجوز الإثبات فيه بالبينة . ولما كان الغرض من أوراق النصيب التى تصدرها الجمعيات الخيرية هو استفادة هذه الجمعيات بجزء من المبالغ التى تجمع لتنفقها فى الوجوه النافعة ، ثم فوز مشترى تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها ، كان كل من يشترى ورقة مساهماً فى الأعمال الخيرية وفى الجوائز التى تربحها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن . وبهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشترين ببعض ما دفعوه ، وهم جميعاً راضون من بادىء الأمر بأن يجعلوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل الأمل فى الربح . وهذا يترتب عليه أن الورقة الرابحة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب صكاً بالجائزة التى ربحتها ، ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقوداً كانت أو عيناً معينة . وإذن فالجائزة فى الواقع هى موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشترى الورقة وعند الهيئة التى أصدرت ورق النصيب على السواء . أما الورقة الرابحة فهى سند الجائزة ومظهرها الوحيد ، فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها . والقيمة المدفوعة ثمناً لها لا يكون لها عندئذ وجود ، إذ هى قد صارت مستهلكة فى الجوائز وفى الأغراض التى من أجلها أصدرت أوراق النصيب . ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية ، فان الورقة الرابحة تكون سنداً لحامله بالجائزة . وإذ كانت العبرة فى ملكية السندات التى من هذا النوع هى الحيازة ، فان صاحب الحق فى المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الرابحة . فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فإنه ، فى غير حالتى السرقة والضياع ، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة ، لا بالنسبة للمحكمة المختصة فقط ، بل بالنسبة إلى قواعد الإثبات أيضاً ، بحيث إذا كانت قيمة المدعى به تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملا بالمادة ٢١٥ مدنى (م ٤٠٠ جديد) (نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . انظر فى هذه القضية الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٦١ — والأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص٣٥٩ هامش رقم ١ . وانظر عكس هذا الرأى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٦ هامش رقم١ .

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ٣٥ — لوران ١٩ فقرة ٤٥٢ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢١ . وإذا وقع دائن المستخدم حجزاً على ما يستحقه المستخدم من الأجر تحت يد رب العمل ، جاز إثبات أجر المستخدم اليومى بالبينة ما دام لا يجاوز نصابها ، وما دام عقد الاستخدام ذاته غير متنازع فيه ، حتى لو كان المبلغ المحجوز عليه يزيد على نصاب البينة (بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠) .

١٩٧ — النتيجة الثانية — المطالبة بما لا يزيد على عشرة جنيهات على أساس تصرف يزيد على عشرة جنيهات: العبرة هنا أيضاً ، كما قدمنا ، بقيمة التصرف القانونى لا بالمبلغ المطالب به ، ومن ثم لا يجوز فى هذه الحالة الإثبات بالبينة وبالقرائن ، بل يجب تقديم دليل كتابى ، لأن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنيهات . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى المادة ٤٠١ بند (ب) من التقنين المدنى الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولا بالقرائن) ، ولو لم تزد القيمة المطالب بها على عشرة جنيهات ، « إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة » . فلو اقترض شخص عشرين جنيهاً ، وكان الوفاء بالقرض مقسطاً على أربعة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها خمسة جنيهات ، وطالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط وكان عليه أن يثبت عقد القرض ، فلا يجوز أن يثبته بالبينة أو بالقرائن ، ولو أنه لا يطالب إلا بخمسة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على تصرف قانونى قيمته وقت صدوره تزيد على عشرة جنيهات ، فكان عليه أن يعد دليلا كتابياً لإثباته . وهذا أيضاً صحيح ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير ، فالاعتبارات التى بنى عليها الحكم فى الحالة الأولى متحققة فى هذه الحالة ، فيكون الحكم واحداً فى الحالتين[١] .

(٢) تقضى المادة ٤٠١ بند (ج) من التقنين المدنى الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولا بالقرائن) « إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد

---

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٤٤ — وكان الفقه الفرنسى يجيز الإثبات بالبينة إذا كان الجزء من الحق هو الباقى من هذا الحق ، وكان لا يجاوز نصاب البينة ، لأن الدائن لم يعتمد على البينة فى أكثر من هذا النصاب (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ — انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٦٩٩) — ولو كان مبلغ القرض عشرين جنيهاً ، ومات المقترض عن أربعة من الورثة ، فانقسم الدين عليهم (فى القانون الفرنسى) وصار نصيب كل منهم فيه لا يزيد على نصاب البينة ، فإن الإثبات فى هذه الحالة لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن (ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٦ — لوران ١٩ فقرة ٤٤٥ — هيك ٨ فقرة ٢٨٤ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٣) . ولو أن قرضاً مقداره عشرون جنيهاً ، سدد المقترض منه عشرة ، ثم تعهد تعهداً جديداً بدفع العشرة الباقية ، فإن هذا التعهد الجديد — ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات — يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٩) .

=

قيمته على عشرة جنيهات ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة » . فهنا قد أسس المدعى دعواه على تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات وطالب بهذه القيمة ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة أو بالقرائن حتى لو أنقص بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد على نصاب البينة . إذ العبرة ليست بما يطالب به ، بل بقيمة التصرف القانونى الذى يؤسس عليه دعواه(١) . وغنى عن البيان

= هذا وتقضى المادة ٤٣ من تقنين المرافعات الجديد بأنه « إذا كان المطلوب جزءاً من حق ، قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء ، إلا إذا كان الحق كله متنازعاً فيه ولم يكن الجزء المطلوب باقياً منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله » . وغنى عن البيان أن طريقة تقدير قيمة الدعوى بالنسبة إلى الاختصاص النوعى تختلف عن طريقة تقديرها بالنسبة إلى الإثبات ، إذ أن الغاية من كل من التقديرين مختلفة . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل النص ببيانهما فيقتضيان شيئاً من التفصيل : فالتقنين الفرنسى (م ١٣٤٢ — ١٣٤٥) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٩٤ — ٢٩٧) عينا طريقة تقدير الالتزام ، حتى تتيسر مراعاة النصاب الذى يجوز قبول الإثبات بالبينة فى حدوده . ولم ينص التقنين المدنى المصرى على هذه الطريقة ، ولكن تقنين المرافعات (م ٣٠/٢٨) عين طريقة تقدير الدعاوى بالنسبة للاختصاص . وليس يجوز الاعتماد على تلك الطريقة فى هذا الصدد لأن الغاية من التقدير مختلفة ، ولا أدل على ذلك من مقارنة أحكام التقدير الخاصة بالإثبات بنظيرها فيما يتعلق بالاختصاص : (ا) فأحكام الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالاجتزاء . فإذا اجتزأ المدعى من دعواه بالمطالبة بعشرة جنيهات امتنع الإثبات بالبينة ، وثبت الاختصاص للقاضى الجزئى . على أن هذا الاختصاص لا يجعل الإثبات بالبينة جائزاً أمام القاضى الجزئى ، لأن مناط التقدير فى الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه . (ب) ثم إن أحكام الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالبقية الباقية . فالأصل ، سواء فيما يتعلق بالاختصاص أو فيما يتعلق بالإثبات، أن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو تبعيض . ولكن الاختصاص يثبت للقاضى الجزئى إذا كان المطالب به هو البقية الباقية من دين متى كانت هذه البقية داخلة فى حدود اختصاصه ، رغم أن الدين بتمامه يجاوز هذه الحدود — أما الإثبات بالبينة فلا يجوز على نقيض ذلك ، ولو كانت البقية الباقية من الدين أقل من عشرة جنيهات ، متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤) .

(١) ولو أن جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقترض تزيد على عشرة جنيهات ، ولم يطالب المقترض إلا بجزء من هذه الفوائد لا يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجز له فى القانون الفرنسى الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، لأنه يستند فى طلبه إلى تصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، وذلك حتى لو لم يطالب بأصل المبلغ المقترض ، ما دام مجموع الفوائد يزيد على نصاب الشهادة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ هامش رقم ٢٢) . أما فى القانون المصرى فالعبرة بأصل المبلغ المقترض ، دون أن تضم إليه الفوائد كما قدمنا .

أن المدعى إذا كان قد أخطأ عند رفع الدعوى فى تقدير قيمة التصرف القانونى بأكثر من عشرة جنيهات ، وأدرك خطأه بعد ذلك فصحح دعواه وجعل قيمة ما يطالب به لا يزيد على عشرة جنيهات وهو قيمة التصرف القانونى بعد التصحيح ، فان الإثبات بالبينة وبالقرائن جائز فى هذه الحالة[1] .

(٣) لو أن النزاع انحصر فى مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات ، ولكنه يقوم على تصرف قانونى تزيد قيمته على هذا المبلغ ، فالإثبات بالبينة أو بالقرائن غير جائز ، إذ العبرة ليست بالمبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف القانونى المتخذ أساساً لهذا النزاع . ويأتى الفقيهان أوبرى ورو بمثل لذلك : طالب المشترى البائع بتسليم حصان قال إنه اشتراه منه بمبلغ ثلثمائة فرنك (لنقل ثلاثين جنيهاً) . وسلم البائع بصدور البيع منه ، ولكنه قال إن الثمن الذى اتفق عليه كان أربعمائة فرنك (لنقل أربعين جنيهاً) . فهنا لا يجوز للمشترى إثبات أن الثمن كان ثلاثين جنيهاً بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن النزاع بينه وبين المشترى قد انحصر فى مبلغ عشرة جنيهات هو الفرق بين الثمن الذى يدعيه والثمن الذى يدعيه البائع[2] .

١٩٨ — اشتمال الدعوى على طلبات متعددة : رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى تنص على أنه « إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم فى كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات » .

---

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٤٣ (ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٥ — لوران ١٩ فقرة ٤٥١ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ — ص ٣١٨ وهامش رقم ٢٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٦ — فقرة ٢٥٣٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥) — وإذا كان المدعى ، بدلا من إنقاصه المبلغ الذى يطالب به ، نزل عن دعواه أصلا ، ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف ، وقدره بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات ، جاز له الإثبات بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٢١) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ وهامش رقم ٢٣ .

وليس فى هذا الحكم من جديد . فالمفروض أن هنـاك بين شخصين ديوناً متعددة نشأت عن مصادر متعددة ، ولو كانت طبيعة هذه المصادر واحدة كأن كانت كلها عقود قرض ولكن كل عقد منها متميز عن العقد الآخر . فنى هذه الحالة يستقل كل دين بطريقة إثباته ، مادام متميزاً عن الديون الأخرى فى قيمته وفى مصدره . فاذا كانت قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، وإلا فلا يجوز إلا الدليل الكتابى . ولا يحول دون سريان هذا الحكم أن يكون الدائن قد جمع هذه الديون وطالب بها كلهـا فى دعوى واحدة ، فزادت قيمة المجموع على عشرة جنيهات . فلا يزال كل دين منها متميزاً عن الديون الأخرى كما قدمنا ، وكان الدائن يستطيع أن يرفع بكل دين دعوى مستقلة ، فيجوز له فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنيهات . فلا يتغير الحكم إذا هو جمع الديون فى دعوى واحدة اختصاراً فى الإجراءات . كذلك لا يحول دون سريان الحكم أن يكون كل دين من هذه الديون مصدره تصرف قانونى من طبيعة واحدة ، مادام كل تصرف منها متميزاً عن التصرف الآخر ، وذلك كبيع أو إيجار فيما إذا طالب الدائن المدين بأثمان مبيعات أو بأجور أعيـان مؤجرة . فنى هذه الحالة أيضاً يبقى كل دين متميزاً عن الديون الأخرى ، فيجوز إثباته بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على عشرة جنيهات[1] .

كذلك إذا كان الدين عشرين جنيهاً مثلا ، ووفى المدين جزءاً منـه لا يزيد على عشرة جنيهات ، سواء كان ما وفاه هو بعض الدين أو هو الجزء البـاقى من الدين ، فان المدين يستطيع إثبات هذا الوفاء الجزئى بالبينة وبالقرائن . ذلك أن الوفاء هو ذاته تصرف قانونى متميز عن مصدر الدين الموفى به ، فتسرى فى إثباته القواعد التى تسرى فى إثبات مصدر الدين . فان كانت القيمة الموفى بها ،

---

(١) فإذا اشترى شخص من متجر ساعة بثمانية جنيهات وسلسلة بثلاثة ، فإن كانت الصفقة واحدة وجب الإثبات بالكتابة ، وإن كانتا صفقتين متفرقتين جازت البينة فى كل منهما . أما إذا كان الطلب مكوناً من عدة أجزاء ، كل جزء منها أقل من عشرة جنيهات ، ولكن المجموع يزيد على هذه القيمة ، لم تجز البينة (محكمة المنصورة ١٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ — استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٠ — ١٣ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٩) .

ولو كان هذا الوفاء جزئياً ، لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . وكل وفاء جزئى آخر تصرف قانونى مستقل عن السابق وعن اللاحق . فاذا أريد إثبات جملة من الوفاءات الجزئية ، كل منها لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة ، جاز إثبات أى منها بالبينة وبالقرائن ، كما جاز ذلك فى إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة ولو كان منشؤها تصرفات من طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم كما سبق القول . ومن ثم يتميز إثبات الدين عن إثبات وفائه . فالدين لا تجوز تجزئته لإثبات كل جزء منه لا يزيد على عشرة جنيهات بالبينة وبالقرائن ، مادام الدين فى مجموعه يزيد على هذه القيمة . أما الوفاء فالعبرة فيه ، لا بأصل الدين ، لا بل بالقدر الموفى به ، فتجوز تجزئة الدين فى الوفاء به إلى أجزاء كل منها لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإثبات كل وفاء جزئى بالبينة وبالقرائن(١) .

---

(١) وقد كان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق وهو لا يشتمل على نص صريح فى جواز إثبات الوفاء الجزئى بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات ، غير مستقر فى هذه المسألة. فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز لناظر الوقف أن يثبت بالبينة أنه دفع شهرياً ما يستحقه المستحق ما دام هذا الدفع لا يزيد على عشرة جنيهات ، ولو كان المبلغ المدعى به مبلغاً متجمداً عن عدة شهور ويزيد على عشرة جنيهات (٢٣ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٧) . ولكن قضى بعد ذلك بأنه إذا كان الدين الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ثابتا بالكتابة ، فلا يسوغ للمدين أن يثبت بالبينة براءة ذمته من جزء منه لا يزيد على عشرة جنيهات إلا إذا بنى ذلك على حالة استثنائية تعفيه من الكتابة كضياع سند البراءة بحادث قهرى (منيا القمح ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٢) . وقضى أيضاً بأنه يجب فيما يتعلق بإثبات الديون وإثبات التخلص منها أن يكون أساس جواز الإثبات بالبينة مبلغ الدين الأصلى لا ما يدعى أنه باق منه أو ما يدعى حصول تسديده ، وإلا لو أبيح جواز الإثبات بالبينة فى ذلك لأمكن كل مدين ودائن ليس بيده كتابة أن يتخلص من أحكام المادة ٢١٥ مدنى بواسطة تجزئته للدين (أشمون الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٦٩ — استئناف أهلى ٤ أبريل سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨) — لذلك أحسن التقنين الجديد صنعاً بالنص صراحة على جواز إثبات الوفاء الجزئى فيما لا يزيد على عشرة جنيهات بالبينة (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٩٨) ، فإن القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق كان يميل كما نرى إلى الأخذ بعكس هذه القاعدة ، بل إن الحكم الذى أصدرته محكمة مصر بالسماح لناظر الوقف أن يثبت بالبينة الوفاء بالاستحقاق الشهرى للمستحق إذا لم يزد على عشرة جنيهات ، وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم ، قد لا يستطاع القول بأنه يخالف الأحكام الأخرى التى تقدم ذكرها ، إذ يمكن أن يقال إنه هو أيضا أخذ بقيمة الدين الأصلى ، والدين الأصلى هنا هو الاستحقاق الشهرى الذى لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإن كانت الاستحقاقات قد تجمدت فزاد مجموعها على هذه القيمة . =

هذا هو ما قرره التقنين المدنى الجديد بنص صريح ، فأجاز كما رأينا إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق ، وهو على كل حال لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة[1] .

ولكن مع وضوح هذا الحكم لم يأخذ التقنين المدنى الفرنسى به ، بل ذهب مذهباً آخر ، إمعاناً منه فى كراهية الإثبات بالبينة وتضييقاً للخناق على من يحاول التهرب من الإثبات الكتابى . فقضى فى المادة ١٣٤٥ بأنه إذا اشتملت الدعوى

= ويترتب على جواز إثبات الوفاء الجزئى بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات أنه إذا كانت جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقترض لا يزيد على عشرة جنيهات ، وقام المقترض بسدادها ، فأنه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء بالبينة وبالقرائن . ولكن إذا كان الدائن هو الذى يريد أن يثبت هذا الوفاء ، أو أى وفاء جزئى آخر للدين لا يزيد على عشرة جنيهات ، حتى يتخذ من ذلك ذريعة لقطع التقادم أو لإجازة عقد الدين القابل للابطال وذلك بالنسبة إلى أصل الدين الذى يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجز للدائن فى هذه الحالة إثبات الوفاء الجزئى بالبينة أو بالقرائن ولو أن الوفاء ينصب على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات . ذلك أن هذا الوفاء لا تقدر قيمته بالمبلغ الموفى به ، بل بقيمة عقد القرض الذى يراد قطع التقادم فيه أو إجازته ، وعقد القرض تزيد قيمته كما قدمنا على عشرة جنيهات . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه إذا أراد الدائن قطع التقادم بإثبات دفع المدين لمبلغ فى خلال مدة التقادم ، فان العبرة فى تعيين طريقة الإثبات تكون بقيمة ذلك الدين بصرف النظر عن قيمة المبلغ المدفوع ، لأن أثر قيمة المبلغ المدفوع يتعداه إلى الإقرار بقيمة الدين كله (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٣ ص ٦٧ — المحاماة ١٨ رقم ٣٠٧ ص ٦٢٨ — انظر أيضاً : إيتاى البارود ١٢ يونيه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٩٤ ص ٤٣٧ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٩٨ ص ٣٦٧) . وانظر أيضاً فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى : ديمولومب ٣٠ فقرة ١٩ — لوران ١٩ فقرة ٤٥٧ — هيك ٨ فقرة ٢٨٣ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٤ .

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف ، شرحاً للتقنين المدنى السابق ، ما يأتى : « وإذا تعددت الالتزامات التعاقدية ما بين شخصين ، وكان كل منها مستقلا عن الآخر ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، جاز إثبات العقود فيها جميعاً بالبينة أو بالقرائن ، حتى لو زاد مجموعها على عشرة جنيهات » . ثم جاء فى الهامش رقم ٧ من نفس الصفحة : « ومع ذلك انظر المادة ١٣٤٥ من القانون الفرنسى ، ولا يوجد نص مقابل لها فى القانون المصرى » . (الموجز ص ٦٩٩) — قارن فى هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٧١ .

على طلبات متعددة ، لم يقم على أى منها دليل كتابى[١] ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت فى أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين . ويبرر الفقهاء فى فرنسا هذا النص بأنه أريد به أن يسد الطريق على الدائن الذى يطالب مدينه بمبلغ يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ولكى يستطيع الإثبات بالبينة وبالقرائن يجزىء مطالبته إلى مبالغ متعددة ، كل مبلغ منها لا يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ويزعم أنها ديون قد تولدت من مصادر متنوعة ونشأت فى أوقات مختلفة ، ويتقدم لإثبات ذلك بشهادة الشهود أو بدلالة القرائن . فيمنعه القانون من ذلك ، ويلزمه فى هذه الحالة بتقديم دليل كتابى ، مفترضاً أن الدين واحد ، وهو يزيد على نصاب البينة . ولا ضير بعد ذلك على الدائن ، حتى لو لم يكن الدين واحداً . ويكفيه فى الاحتياط أن يطلب من مدينه دليلا كتابياً كلما تجمعت ديون فى ذمة هذا المدين يزيد مجموعها على نصاب البينة[٢] . ولما كان التقنين الفرنسى حذراً إلى هذا الحد ، فقد قاده حذره أن ينتقل من هذه الخطوة إلى خطوة أخرى أبعد منها ، فأوجب فى المادة ١٣٤٦ على الدائن أن يجمع كل طلباته التى لم يقم عليها دليل كتابى كامل ، أياً كان مصدرها ، فيرفع بها دعوى واحدة ، فاذا هو أغفل ديناً منها كان مستحقاً وقت رفع الدعوى ، لم تقبل منه ، بعد ذلك ، الدعوى بهذا الدين[٣] .

---

(١) أما إذا قام على دين منها دليل كتابى ، ولو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قام مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ، فانه لا يحسب فى مجموع الديون (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٦ ورقم ٣٧) .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ هامش رقم ٣٤ .

(٣) ويقرر الفقهاء فى فرنسا أن المادة ١٣٤٦ لا تقوم على أساس عدم الثقة بشهادة الشهود ، بل تقوم على أساس آخر هو منع تعدد القضايا الصغيرة التى يجوز الإثبات فيها بالبينة ، وازدحام المحاكم بها وما يستتبع ذلك من تعقيد فى الإجراءات وإطالة فيها بسبب الإحالة على التحقيق ، فاقتضى المشرع من المدعى أن يجمع كل قضاياه التى من هذا القبيل فى قضية واحدة للحد من كثرة مثل هذه القضايا الصغيرة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٨ وفقرة ٢٥٥٣) .

هذا وتسرى المادة ١٣٤٦ فرنسى سواء كانت الطلبات التى لم يقم على أيها دليل كتابى كامل =

ولم ير التقنين المدنى المصرى الجديد ، ومن قبله التقنين المدنى المصرى القديم ، مايدعو إلى كل هذا الحذر الذى استتبع كل هذا التعقيد . فسكت التقنين القديم ولم يورد نصاً مماثلا للنص الذى رأيناه فى التقنين المدنى الفرنسى . ونص التقنين الجديد صراحة على الرجوع إلى القواعد العامة فى هذه المسألة حتى لايقع أى لبس فيها(١) . وإذا حاول الدائن أن يتهرب من الدليل الكتابى بتجزئة الدين

= يزيد مجموعها على نصاب البينة أو لا يزيد، وسواء كان الدين معفى من الدليل الكتابى الكامل لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو لوجود مانع من الحصول على الدليل الكتابى أو من تقديمه ، أو كان الدين غير معفى لسبب من هذه الأسباب . ولكنها لا تسرى على الديون التى لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى . وجزاء المادة ١٣٤٦ ليس رفض الإثبات بالبينة ، بل هو عدم قبول الدعوى أصلا ، وللقاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه (انظر فى كل هذا وفى شرح المادة ١٣٤٦ بالتفصيل أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٢٩ وهوامش رقم ٤٠ إلى رقم ٤٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٥٢ — فقرة ٢٥٦٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٦) .

وقد جاء فى المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العراقى أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يجاوز عشرة دنانير «تكون جارية ومرعية إذا كانت المبالغ المدعى بها فى الأصل مكونة من عدة أقلام يبلغ مجموعها القدر المذكور» . وظاهر أن هذا النص منقول — منذ عهد التشريعات العثمانية — من نص المادة ١٣٤٥ من التقنين الفرنسى . ولما كان التقنين المدنى العراقى الجديد قد نص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٨١ على إلغاء المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية من بين المواد التى ألغاها فى هذا القانون ، فإنه يجب الرجوع فى هذه المسألة إلى الفقرة الثالثة من المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى العراقى ، وهى تقرر نفس الحكم الذى يقرره نص التقنين المصرى . فيجوز إذن الإثبات بالبينة ، فى التقنين المدنى العراقى ، فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير ، حتى لو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة وزادت هذه الطلبات فى مجموعها على هذه القيمة (أنظر فى هذا الموضوع الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات الجزء الثانى فى الشهادة ص ٤١٥ — ص ٤٢٢) .

(١) وكان المشروع الأولى الذى سبق المشروع التمهيدى يورد نصاً مماثلا لنص المادة ١٣٤٥ من التقنين المدنى الفرنسى . غير أنه عدل فى المشروع التمهيدى عن هذا النص ، واستبدل به نص يقرر تطبيق القواعد العامة كما رأينا ، وذلك توسعة فى الإثبات بالبينة فى مقابل ترك نصاب البينة فى مستواه المنخفض ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٦٣ — وانظر أثر اشتمال المشروع الأولى على النص المماثل لنص المادة ١٣٤٥ فى أصل المذكرة الإيضاحيه للمشروع التمهيدى جزء ٢ ص ٧٠٤ ، حيث جاء ما يأتى : « بيد أن الإفلات من قواعد الإثبات بالبينة يصبح جد يسير عند ما يرد النزاع على التزامات ترتبت بين الخصوم أنفسهم فى وقت واحد، أو التزامات ناشئة عن سبب واحد . وقد عمدت التقنينات التى تقدمت الإشارة إليها إلى استثناء أحوال تعدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم ، =

الواحد ، وهو ما أراد التقنين الفرنسى أن يتوقاه ، فان الباب مفتوح أمام المدين لإثبات هذا التحايل بجميع الطرق[1] .

المطلب الثانى

لا تقبل البينة أو القرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها

١٩٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠١ (بند ١) من التقنين المدنى على مايأتى :

« لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي [2] » .

= أو نشوئها عن سبب واحد عند انتفاء الدليل الكتابى ، أفلا يكون من الأنسب إقرار هذا الاستثناء كفالة لاحترام القاعدة نفسها » .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فأحكامها تخالف أحكام المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى و ١٢٣٧ من التقنين الكندى و ٢٩٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى و ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات المصرى . وليس شك فى أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انعقاده ، كلما اتحد الخصوم وكان النزاع متعلقاً بالتزامات من طبيعة واحدة تمت فى أوقات مختلفة لا فى وقت واحد ، على حد تعبير التقنين الفرنسى . فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالبينة متى كانت قيمته لا تجاوز عشرة جنيهات. وقد أخذ المشروع ، تمشياً مع جواز تفريق الطلبات المتعددة ، بجواز تفريق إثبات وفاء الدين دفعاً متعددة ، فأجاز إثبات كل وفاء لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات بالبينة ولو كان أصل الدين يجاوز هذه القيمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠) .

هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، التى أشير إليها فى المذكرة الإيضاحية ، قد عدلت فى تقنين المرافعات الجديد بما يتمشى مع نص التقنين المدنى الجديد . فنصت المادة ٤١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتى : « إذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن سبب قانونى واحد ، كان التقدير باعتبار قيمتها جملة . فإن كانت ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار قيمة كل منها على حدة » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٥٩ (بند ١) من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز الإثبات بالبينة (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى لو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى النهاية ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص(١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ٥٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٩ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ١٥٣ ، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٨٨(٢) .
ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٤١(٣) .

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : « ولم يرد فى القانون المصرى نص يقابل هذا النص (أى نص المادة ١٣٤١ فرنسى) ، ولكن القضاء والفقه فى مصر يأخذان بالقاعدة دون نص ، إذ هى تتفق مع الحكمة التى اقتضت جعل الكتابة مقدمة على البينة ، فإذا كان الالتزام ثابتاً بالكتابة ، فقد أراد المتعاقدان بذلك أن يستبعدا البينة حتى فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإلا انتقض عليهما ما قصدا إليه من غرض ، وأمكن هدم الكتابة بالبينة ، أى هدم الدليل الأقوى بالدليل الأضعف ، وهذا لا يجوز » (الموجز ص ٧٠٢ — ص ٧٠٣) . ومهما يكن من أمر فقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعاً بإيراده نصاً صريحاً فى هذا الحكم . وقد كان القضاء يطبقه فى اطراد : استئناف أهلى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٨٥ — استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ — استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٦ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ — ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٩ — ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ — ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (يجوز الإثبات بالبينة إذا خولفت قاعدة من النظام العام) — ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥١ — ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٦ .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٥ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصرى — التقنين المدنى العراقى م ٤٨٩ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصرى — تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٥٣ : لا تقبل بينة الشهود ولا القرائن على ما يتجاوز أو يناقض مضمون السند ذى التوقيع الخاص ، ولا على ما يزعم حصوله قبل هذا السند أو بعده أو فى أثناء إنشائه . (وهذا نص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى ، وفى عبارته مع نص التقنين الفرنسى) — التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٨ : مطابق لنص التقنين المصرى .
ويتبين من استعراض هذه النصوص أنها جميعاً تتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى .

(٣) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٤١ : . . . لا تقبل البينة فيما يخالف الكتابة أو فيما تجاوزها . ولا فيما يدعى صدوره من قول قبل الكتابة أو فى أثنائها أو بعد الفراغ منها ، حتى =

٢٠٠ — تاريخ القاعدة وشروطها : وتحريم إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة قاعدة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الرومانى . ثم تغلبت البينة فى العصور الوسطى على ما قدمنا . ثم عادت كفة الكتابة إلى الرجحان ، فرفعها أمر مولان (Moulins) فى سنة ١٥٦٦ إلى الصدارة بين طرق الإثبات على النحو الذى قدمناه . ولكن هذا الأمر لم يحرم إلا إثبات ما يجاوز الكتابة بغير الكتابة ، وفيما يزيد على مائة جنيه وهو نصاب البينة إذ ذاك . ثم أتى أمر سنة ١٦٦٧ فوسع الحكم ، وحرم إثبات ما يجاوز الكتابة أو ما يخالفها بغير الكتابة حتى فيما لا يزيد على نصاب البينة . وبذلك رجحت كفة الكتابة رجحاناً كبيراً ، فهى مطلوبة فيما يزيد على نصاب البينة ، وحتى فى حدود هذا النصاب إذا تعارضت مع البينة وجب الأخذ بها ونبذ البينة . فانقلب الوضع بذلك ، وبعد أن كانت البينة فوق الكتابة (témoins passent lettres) أصبحت الكتابة فوق البينة (lettres passent témoins) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1] .

وقد قدمنا أن القاعدة التى نحن بصددها ليست الا الشق الثانى من قاعدة أعم ،

= لو كانت القيمة أقل من خمسة آلاف فرنك ، كل هذا دون اخلال بما تقرره القوانين المتعلقة بالتجارة .

.... et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq mille francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

ويقول الفقيهان أوبرى ورو : إن النص الفرنسى ينهى عن أمرين متميزين لا يختلط أحدهما بالآخر . فهو من جهة ينهى عن قبول البينة فى إثبات ما يدعى من عدم الصحة (inexactitudes) أو الإغفال (omissions) فيما تضمنته الكتابة ، سواء كان ذلك عن غير قصد ، أو عن قصد من أحد الطرفين ، أو عن تواطؤ بينهما — وهذا هو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وهو من جهة أخرى ينهى عن قبول البينة فى إثبات التعديلات الشفوية التى يدعى أحد الطرفين أنها تم الاتفاق عليها قبل الكتابة أو فى أثنائها أو بعد الفراغ منها . ويقيم الفقيهان هذه الأحكام على اعتبارين : أولها أن الكتابة لا تؤدى الغرض المقصود منها إذا أجيز هدمها عن طريق البينة . والثانى أن التعديلات الشفوية التى سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، ما دامت لم تدمج فى الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٧ وفقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ — وانظر تفصيلا لهذه المسألة فى بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٦ .

وهى القاعدة التى تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يزيد على نصاب البينة وفيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ويمكن حصر شروط تطبيق هذا الشق الثانى من القاعدة فى أربعة : (١) أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (٢) أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها (٣) أن يكون الإثبات مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى إلى الغير (٤) ألا يكون هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) .

٢٠١ — الشرط الأول — وجود كتابة أعدت للإثبات : يجب أن تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات . والكتابة المعدة للإثبات هى الكتابة التى وقع عليها المدين ، رسمية كانت أو عرفية .

أما الأوراق التى لم تعد للإثبات ، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ، فيجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالبينة أو بالقرائن . ولكن اذا كانت هذه الأوراق موقعاً عليها وأريد بها الإثبات ، كما هو الغالب فى المراسلات ، فانها تعتبر فى حكم الكتابة المعدة للإثبات ، ولا يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها إلا بالكتابة [1] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ . ويقول الأستاذ حسين المؤمن فى كتابه فى نظرية الإثبات فى هذا الصدد ما يأتى : « ولذلك فلا يكفى أن تكون هناك دفاتر تجارية أو أوراق منزلية أو مذكرات أو أوراق خاصة أو غيرها من المحررات التى لا تحمل توقيعاً للمدين ولا تدل على ارتباط قانونى، إذ أن أوراقاً كهذه بدون توقيع لا تعتبر دليلا للإثبات . وهى وإن كانت تعتبر حجة ضد صاحبها ، إلا أن له إثبات ما يخالفها بالشهادة والقرينة . . . كذلك سندات الطابو المنظمة بطريقتى المجدد والتفتيش (اليوقلمة) يجوز استماع الشهادة ضدها . وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز : محكمة التمييز رقم ٢٤ / س/١٩٣٧ وتاريخ ١٩٣٧/١١/٢٥ (القضاء س ٣ ع ٣ ص ٣٠٩) ورقم ٢٩٣/ب/١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٦ (المجموعة الرسمية س ١ ع ٢ ص ٣٦ رقم ٤٣) ورقم ٢٤/س/١٩٤٦ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٢ (المجموعة الرسمية س ١ ع ١ ص ٧٢ رقم ٦٥) ورقم ٣٥٨/ب/١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧ (المجموعة الرسمية س ١ ع ٣ ص ٣٢ رقم ٥٠) (جزء ٢ فى الشهادة ص ٤٤٥) — قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ هامش رقم ٢٣ وهو يعتبر التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين دليلا كتابياً كاملا لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة . وقد قدمنا أن هذا التأشير قرينة على الوفاء يجوز دحضها بالدليل العكسى بجميع الطرق لأن الدليل الكتابى هنا ليس دليلا كتابياً كاملا .

كذلك يجوز إثبات ما يخالف مبدأ الثبوت بالكتابة أو ما يجاوزه بالبينة و بالقرائن ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لايكون عادة موقعاً عليه وإلا كان دليلا كتابياً كاملا ، والمطلوب فى القاعدة التى نحن بصددها ألا يهدم الدليل الكتابى لكامل بالبينة أو بالقرائن (١) .

ثم يجب أخيراً أن يكون الثابت بالكتابة التزاماً غير تجارى . ذلك أن الالتزامات التجارية يجوز إثباتها ، كما رأينا ، بالبينة وبالقرائن ، أياً كانت قيمتها ، ولو زادت على عشرة جنيهات . فكذلك يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها فى المسائل التجارية بالبينة وبالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام(٢) . وقد تقدم ذكر ذلك .

فمتى كانت هناك كتابة معدة للإثبات ، وكانت دليلا كتابياً كاملا ، فى غير التزام تجارى ، فقد توافر الشرط الأول ، أياً كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابى الكامل ، ولو كانت هذه القيمة لا تزيد على عشرة جنيهات . ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالف ورقة مكتوبة لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، ولا إثبات ما يجاوزها ، بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن هذا الدليل كان جائزاً

---

(١) الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٤٤٦ .

(٢) وإذا كانت المادة ٤٠١ ، وهى تمنع الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، لم تستثن صراحة المواد التجارية كما فعلت المادة ٤٠٠ وهى تمنع البينة فى إثبات وجود التصرف القانونى الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فذلك لأن المادة ٤٠١ جاءت عقب المادة ٤٠٠ لتكملة أحكامها . فهى عندما تقول : لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، إنما تتمم ما أوردته المادة ٤٠٠ من أن التصرف القانونى فى غير المواد التجارية لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات . فتقول المادة ٤٠١ عقب ذلك أن هذا التصرف القانونى ذاته — أى فى غير المواد التجارية — إذا كان مكتوباً لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ٢١٦) .

وتستخلص الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد من جواز إثبات عكس المكتوب فى التصرفات التجارية بالبينة أن الكتابة فى مسائل التجارة إنما تنقل عبء الإثبات عن عاتق صاحبها إلى خصمه ، والقاضى حر بعد ذلك فى تكوين اعتقاده طبقاً لما بين يديه من مستندات وما يرى سماعه من بينة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٩ ص ٩٨٤) — انظر أيضاً الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٦٤٦ — ص ٦٦٢ — وقارن الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء أول ص ٤٣٠ .

ابتداء لإثبات وجود التصرف لو لم توجد ورقة مكتوبة(١) . بل إن القاعدة التى نحن بصددها لا تظهر فائدتها إلا إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فتمتنع البينة والقرائن حيث كانت تجوز لولا هذه القاعدة . أما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات فالقاعدة لا تقول جديداً ، لأن الإثبات بالبينة أو بالقرائن فى هذه الحالة ممنوع من الأصل ، سواء فى ذلك لا توجد كتابة أصلا أو توجد ويراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها(٢) .

وإذا أريد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، فلابد من أن يكون الإثبات بالكتابة كما قررنا . ولكن يجوز أن يحل محل الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن ، فان هذا النوع من الإثبات يرد استثناء من قاعدة الدليل الكتابى بشقيها كما سنرى .

٢٠٢ — الشرط الثانى — إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها :

ونتكلم : (أولا) فيما يخالف الكتابة (ثانياً) فيما يجاوز الكتابة (ثالثاً) فيما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها .

أولا — ما يخالف الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة : إذا أريد إثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فقد رأينا أنه لابد فى ذلك من الطعن بالتزوير . أما إذا أريد إثبات ما يخالف الورقة الرسمية فى غير ذلك ، أو إثبات ما يخالف مشتملات الورقة العرفية أياً كانت . فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضاً دليل كتابى ، ولو كان ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن كما قدمنا . ومثل إثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لإثبات أن ما ورد فى الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور فى الورقة هو مبلغ أكبر ...

---

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٥٣ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٢ ص ٧٠٣ — ٧٠٤ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ .

لمنع الشفعة مثلا — أو هو مبلغ أقل — لتخفيض رسوم التسجيل مثلا ، فاذا كان الخصم هو أحد طرفى العقد لم يجز له إثبات ذلك إلا بالكتابة . ومثل ذلك أيضاً أن يريد البائع إثبات أن البيع المكتوب بيع صورى ، فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة ، وهى هنا ورقة الضد (contre - lettre) . ومثل ذلك أخيراً أن يوجد سند مكتوب يثبت أن فى ذمة المدين التزاماً قيمته مائة جنيه مثلا ، فلا يستطيع المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسون جنيهاً لا مائة ، وكذلك الأمر لو أن الثابت فى السند التزام قيمته عشرة جنيهات وأراد المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسة لا عشرة فلا يستطيع(1) .

ثانياً — ما يجاوز الكتابة لا يجوز اثباته الا بالكتابة : ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة إلا بالكتابة . مثل ذلك أن يتقدم المدين لإثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما إذا كان الالتزام قد كتب معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكون إثباتاً لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً الا بالكتابة كما رأينا . ومثل ذلك أيضاً أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقاً عليها ، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا يزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الكتابة . أما إذا ذكر فى القرض المكتوب سعر للفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أو أراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا إثبات لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما قدمنا . كذلك لا يجوز إثبات تجديد التزام (novation) ثابت فى ورقة مكتوبة الا بالكتابة ، ولو كانت قيمة الالتزام الجديد ، أو كانت قيمة كل من الالتزامين الجديد والقديم ، لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الالتزام المكتوب . وبوجه عام لا يجوز إثبات اتفاق إضافى فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، سواء ادعى

---

(1) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٤ ص ٧٠٤ .

أن هذا الاتفاق الإضافى قد تم قبل الكتابة أو تم فى أثنائها أو تم بعدها، على حد تعبير التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤١)(١) .

ثالثاً — مالا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها لا يتحتم اثباته بالكتابة:

أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة ، ولكنه لا يخالفها ولا يجاوزها ، فان إثبات ذلك يكون وفقاً للقواعد العامة ، ولا تتحتم الكتابة . فيجوز إثبات الوقائع المادية ، وكذلك إثبات التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات ، بالبينة وبالقرائن . مثل ذلك إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة ، فهذه واقعة لا تخالف الكتابة ولا تجاوزها ، بل هى تؤكدها ، إذ انقضاء الالتزام ينطوى دلالة على وجوده . فاذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية ، كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة ، فان هذه الأعمال تثبت بالبينة وبالقرائن ولو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتصرف قانونى ، كوفاء مبلغ من النقود ، فان هذا الوفاء يثبت بالبينة أو بالقرائن إذا لم يزد المبلغ الموفى به على عشرة جنيهات حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة(٢) .

---

(١) انظر ما قدمناه عن أوبرى ورو من أن التعديلات الشفوية التى سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، ما دامت لم تدمج فى الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ — ص ٩٨٣ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويقصد بالدليل الكتابى المحررات الرسمية والعرفية والرسائل . فهذه المحررات وحدها هى التى لا يقبل الإثبات بالبينة لنقض الثابت فيها أو الإضافة إليها وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام ، أو بعده ، أو فى وقت معاصر له . ومهما يكن من أمر هذه الإضافة ، فلا يجوز إثباتها بالبينة أياً كانت صورتها . فن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو اشتراط خاص بأداء فوائد أو بالتجديد (الاستبدال) . ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق البينة ، فلا يجوز الادعاء مثلا بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة وإقامة الدليل على ذلك بالبينة ، كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ — ص ٤٠٣) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ هامش رقم ٨ — قارن الموجز للمؤلف ص ٧٠٤ — =

وكالوفاء الإبراء ، فهو تصرف قانونى يقضى الدين ، ويثبت بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على عشرة جنيهات . كذلك فى المقاصة ، يجوز للمدين إثبات الحق الذى له فى ذمة دائنه ، ليوقع المقاصة بمقداره ، بالبينة وبالقرائن ، إذا كانت قيمة هذا الحق لا تزيد على عشرة جنيهات ، حتى لو كان الدين الذى تقع فيه المقاصة ثابتاً بسند مكتوب . أما تجديد الدين المكتوب فقد رأينا أنه يعتبر مجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة(1) .

= ص ٧٠٥ . وقد قدمنا ، فى وفاء دين قيمته تزيد على عشرة جنيهات ، أنه يجوز إثبات أى وفاء جزئى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة وبالقرائن .

وقد جاء فى كتاب نظرية الإثبات للأستاذ حسين المؤمن ما يأتى : « أما فى العراق فالإجماع حاصل ... على أنه لا يجوز إثبات الوفاء مهما كان مقداره بشهادة الشهود ما دام أصل الالتزام موثقاً بسند . بل إن محكمة التمييز قد تطرفت فى هذا الباب إلى حد بعيد ، فقد اشترطت الدليل الكتابى على ادعاء الوكيل بتسليمه لموكله المبالغ التى قبضها من مدينى الموكل حسب التفويض المعطى للوكيل فى صك الوكالة ، بداعى أن التفويض بالقبض قد جرى بالكتابة فلا يثبت دفع المبلغ إلى الموكل إلا بالكتابة أيضاً : القرار المرقم ١٩٢٩/٥٥ والمؤرخ ١٩٢٩/٤/٢ (القضاء سنة ١٩٣٤ س ١ القسم الرسمى ص ١٦٦ — حسين جميل بند ١٧٠ ص ١٢٢) ومما جاء فيه : إن قول المحكمة أن المدعى أمين مصدق بيمينه فى براءة ذمته ، ولا حاجة إلى سند تحريرى ، غير وارد ، إذ أن التفويض بقبض المبلغ قد جرى بسند فيجب أن يكون الإيصال بسند أيضاً . وهذا تخريج غريب لهذه النظرية لا نقر محكمة التمييز عليه ، ذلك أن التفويض المعطى للوكيل فى صك الوكالة لا يتضمن معنى القبض ، وإنما هو ترخيص به . هذا من جهة . ومن جهة أخرى أن الدليل الكتابى على استلام الوكيل المبالغ المقبوضة لم يكن بين الوكيل والموكل ، وإنما بين الوكيل ومدين الموكل ... يضاف إلى ذلك أن هذا الذهاب تجاوز على قاعدة الأمين مصدق بيمينه فى براءة ذمته المقررة فى المادة ١١٧٤ من المجلة » (الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥) . وظاهر أن تفويض الوكيل بقبض الدين يجعله ملتزماً بتقديم حساب للموكل عما قبضه ، وفى تسليم الوكيل للموكل ما قبضه من الدين تنفيذ لهذا التفويض ، أى تنفيذ لعقد الوكالة . وإثبات تنفيذ الوكالة مستقل عن إثبات وجودها . فاذا كان وجود الوكالة ثابتاً بالكتابة ، فان ذلك لا يستلزم حتماً أن يثبت تنفيذها بالكتابة . ويلاحظ أن التقنين المدنى العراقى الجديد قد حسم الخلاف فيما يتعلق بالوفاء ، فجعله مستقلا عن أصل الالتزام من حيث الإثبات .

(1) الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ٢٢١ — وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات جميع الوقائع اللاحقة لعقد مكتوب بجميع طرق الإثبات القانونية إذا كانت قيمتها عشرة جنيهات أو أقل ، مثل الإبراء أو الوفاء أو التخالص أو الاستبدال أو الصلح (٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٣ ص ١٠٥٨) . قارن فى الصلح الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٤٤٩ (وهو يذهب إلى أن الصلح لا يجوز =

كذلك يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة ، أو التوفيق فيما بينها إذا كانت متعارضة[1] ، أو تحديد ما ورد مطلقاً فى الورقة المكتوبة ، وذلك بالبينة وبالقرائن ، فليس فى هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها[2] . وكذلك الأمر فى إثبات الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بكتابة العقد[3] .

ويجوز أيضاً إثبات عيب من عيوب الإرادة ، كالغلط والتدليس والإكراه ، فى سند مكتوب ، بالبينة وبالقرائن ، فليس فى ذلك إثبات لما يخالف الكتابة ، لأن الكتابة ليست دليلا على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن فى صحته مخالفاً لها . وقد قدمنا أن عيوب الإرادة إنما هى وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق[4] .

= إثباته بالبينة إذا كان العقد محل الصلح ثابتاً بالكتابة ، ويشير إلى قرار لمحكمة تمييز الإستانة جاء فيه أن دعوى الصلح المقامة ضد سند يجب إثباتها بالبينة الخطية : ١٣٠٨/١٠/٢٠ سليم باز المرافعات ص ٢٨٩) . ويلاحظ أن الصلح فى التقنين المدنى المصرى الجديد يجب إثباته بالكتابة (م ٥٥٢ مدنى) ، وكذلك الأمر فى التقنين المدنى العراقى الجديد (م ٧١١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — نقض فرنسى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٩ — ١ — ٨٥ .

(٢) فيجوز إثبات ما يحصر أجزاء العقار المبيع أو المؤجر بالبينة وبالقرائن ، إذا كان هذا العقار قد ذكر فى عقد البيع أو الايجار المكتوب بطريقة مجملة دون تفصيل لأجزائه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦ — قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٠) — وقارن استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠٦ — أما إذا رفع المشترى دعوى استحقاق على بائع العقار ، بسبب وجود عقد إيجار صادر من البائع بالنسبة إلى العقار المبيع دون أن يرد ذكره فى عقد البيع المكتوب ، فلا يجوز للبائع أن يثبت علم المشترى بهذا الإيجار ، ورضاءه به فى مقابل خصم جزء من الثمن ، بالبينة أو بالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦) .

(٣) فيجوز إثبات أن الذى حرر عقد التأمين هو عامل شركة التأمين ، بالبينة وبالقرائن (بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٤ وهامش رقم ٥ مكرر) . أما الغلط المادى والغلط فى الحساب ، فإن كان ظاهراً أمكن القاضى تصحيحه من تلقاء نفسه . لكن إذا ادعى الخصم أن هناك غلطاً مادياً أو غلطاً فى الحساب ، ولم يكن هذا الغلط ظاهراً بحيث يمكن القاضى تصحيحه من تلقاء نفسه ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٨٠ . بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧١ — قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٨٦ ص ٢١٨ — ص ٢١٩) .

(٤) دى باج ٣ فقرة ٨٧٠ مكرر — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ١ ص ٢٩٢ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الاثبات ص ٣٨٠ .

ويجوز أخيراً إثبات التاريخ الذى كتبت فيه الورقة ، فيما بين الطرفين ، بالبينة وبالقرائن ، إذا لم يكن مكتوباً ، حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات أو كان التزاماً مكتوباً ، فليس فى هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، بل هو إثبات لواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما إذا كان تاريخ الورقة مكتوباً هو أيضاً ، فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة . وأما بالنسبة إلى الغير فلا بد من التاريخ الثابت على الوجه الذى تقدم ذكره[1] .

٢٠٣ — الشرط الثالث — الاثبات مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين : وكل ماقدمناه من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون فى العلاقة مابين المتعاقدين ، إذ هما اللذان كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية . وكالمتعاقدين الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له إثبات وجود التصرف نفسه بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات كما سبق القول ، ففى الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة إليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق .

فاذا باع شخص عقاراً من آخر ، وكتب فى عقد البيع أن الثمن ألف جنيه مثلا ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، فان له أن يثبت أن حقيقة الثمن ثمانمائة لا ألف — أى يثبت ما يخالف الكتابة — بالبينة وبالقرائن ، لأنه من الغير فى عقد البيع الذى يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٨٠ — ص ٣٨١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ٢١٩ — ص ٢٢٠ — الأستاذ حسين المؤمن فى نظرية الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٤٥٧ — قارن الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ١ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ و ص ٣٩٤ — ص ٣٩٥ — انظر أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦ — ص ٣٣٧ وهامش رقم ١٢ وهامش رقم ١٣ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تاريخ التصرف القانونى يعتبر من محدداته ، فهو جزء منه ، فلا يجوز إثباته ، إذا لم يكن مكتوباً ، بالبينة أو بالقرائن فى تصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة (لوران ١٩ فقرة ٤٧٧ — فقرة ٤٧٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٢ — دى باج ٣ فقرة ٨٦٨) .

وفى العقد الصورى الثابت بالكتابة ، تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لاتزيد على عشرة جنيهات . أما الغير — وهو هنا الدائن والخلف الخاص — فله أن يثبت الصورية بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كان العقد الصورى مكتوباً وحتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات(١) .

---

(١) ونجتزىء هنا بذكر بعض أحكام القضاء المصرى فى هـذه المسألة ، مرجئين تفصيل ما نجمله منها إلى الكلام فى دعوى الصورية فى المكان الخاص بآثار الالتزام :

لا تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام إلا بالكتابة : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ — ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ — نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفبرسنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبرايرسنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا ذكر فى سندات الدين أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من فحوى الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها فى أوقات مختلفة — بعضها سابق على تاريخ السندات وبعضها معاصر له أولاحق به — أنها كانت تستجديه وتشكر له إحسانه عليها ، جاز اعتبار هذه الرسائل دليلا كتابياً كافياً فى نفى وجود قرض حقيقى (نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان المستأجر يطعن فى عقد الإيجار بالصورية ، والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات ، فلا يجوز للمحكمة — ما دام الإيجار ثابتاً بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابى على دعواه — أن تقضى بصورية العقد بناء على مجرد القرائن ، وإلا كان قضاؤها باطلا (نقض مدنى ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥) — وقضت أيضاً بأن الحكم الذى يقرر أنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات ، فى مواجهة المرتهن ، صورية عقد الرهن ، بحجة أن الصورية لا تثبت بين العاقدين إلا بالكتابة ، لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) — وقضت أيضاً بأنه متى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية فى تركة مورثهم ، فتمسك الطاعن بأنه اشترى من والده المورث جزءاً من الأطيان ، فطعن بعض الورثة فى عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدر من والده لمناسبة مصاهرته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المـالية ، وطلبوا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة ، فنازع الطاعن فى جواز الإثبات بهذا الطريق ، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما نعاه المطعون عليهم على العقد بأى طريق من طرق الإثبات قد أقام قضاءه على أنهم يعتبرون =

وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى دعوى الصورية .

= من الأغيار أياً كان الطعن الذى يأخذونه على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن ، فإن الحكم ، إذ أطلق للمطعون عليهم حق إثبات مطاعنهم على هذا التصرف فى حين أن علة الصورية إنما كانت إعطاء الطاعن مظاهر الثراء لتيسر زواجه بإحدى العقيلات ، يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) .

ومع ذلك يجوز إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك غش أو تحايل على القانون : استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ – ٩ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ – نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وانظر أيضاً الأحكام التى سنوردها عند الكلام فى التحايل على القانون (fraude à la loi) ، والتحايل على القانون هو نفس الحالة التى نحن بصددها .

ويجوز للغير إثبات الصورية بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن : استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٤١١ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — نقض جنائى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٢ — هذا ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة ، فاذا كان بائع العقار قد صدر منه عقد بيع ثان لمشتر آخر ، فانه لا يصح والمشترى الثانى خلف للبائع أن تستدل المحكمة له بشهادة الشهود والقرائن على صورية عقد البيع الصادر من سلفه إلى المشترى الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ – وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش ص ٣٨٨ — ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لمشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية ، فاذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فانه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ . =

٢٠٤ — الشرط الرابع — ألا يكون هناك احتيال على القانون(١) :

وحتى فيما بين المتعاقدين ، يشترط فى تطبيق القاعدة التى تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ألا يكون هناك احتيال على القانون

= واعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة الشفيع من الغير ، خطأ ، فى عقد بيع صورى طلب الأخذ فيه بالشفعة . فقضت بأنه لا يجوز الاحتجاج على الشفيع بورقة ضد مؤداها أن البيع لم يقع إلا لضمان دين للمشترى على البائع وأنه يفسخ بمجرد وفاء هذا الدين (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى دعوى الصورية .

(١) كان المشروع التمهيدى (م ٥٤١) يتضمن نصاً لو بقى لأصبح الآن البند (ج) فى المادة ٤٠٣ ، ونصه كالآتى : «يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ... (ج) إذا طعن فى العقد بأن له سبباً غير مشروع» . وقد ورد فى شأنه فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : «أما الاستثناء الثالث فقد نص عليه المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو يفترض توافر ضرب من ضروب الغش ، ومن المعلوم أن الغش يجوز إثباته على وجه الدوام بالبينة . وإزاء ذلك قد يكون إفراد هذا الاستثناء بحكم خاص محلا للنظر» . وفى لجنة المراجعة نقل هذا البند إلى المادة ١٩٢ فى السبب غير المشروع . وكان يقصد به إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) ، فيقابل العبارة الأخيرة من المادة ١٣٥٣ من التقنين الفرنسى التى لم تبح الإثبات بالقرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة ، ما لم يكن العقد مطعوناً فيه بسبب الغش أو التدليس ، وقد مرت الإشارة إلى هذا النص وإلى ما وجه إليه من انتقاد . وقد استبقى المشروع الفرنسى الإيطالى مقابلا للنص الفرنسى فى المادة ٣٠٥ منه ، ونص أيضاً فى المـادة ٢٩٩ على استثناء الطعن بعدم مشروعية من وجوب الإثبات بالكتابة . والذى يعنينا هنا هو تقرير الحكم فى ذاته ، فيجوز دائماً الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون . وقد وضع المشروع الفرنسى الإيطالى هذا الحكم فى مكان الاستثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها ، وهو الاستثناء الثالث ويأتى بعد الاستثناء الخاص بمبدأ الثبوت بالكتابة والاستثناء الخاص بالمانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها . وساير المشروع الفرنسى الإيطالى فى ذلك المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد ، ثم عدل المشروع النهائى عن هذه المسايرة . وفى رأينا أن جعل هذا الحكم استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها محل للنظر . لأن الحكم إنمـا يرد فى الكثرة الغالبة من الأحوال استثناء من الشق الثانى وحده . ذلك أن المحل الغالب لتطبيقه هو أن يواجه الخصم خصمه بدليل على تصرف قانونى صادر منه ، فيطعن هذا فى التصرف بأن فيه احتيالا على القانون ويريد إثبات هذا الاحتيال بجميع الطرق . فإن كان الدليل الذى ووجه به دليلا غير مكتوب ، فهو فى حل من أن يعارضه بدليل غير مكتوب دون حاجة إلى التذرع بهذا الحكم . أما إذا كان الدليل الذى ووجه به دليلا مكتوباً ، ففى هذه الحالة وحدها — حيث تقضى القاعدة بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة — يحتاج الخصم إلى هذا الحكم ليتمكن من إثبات الاحتيال على القانون بالبينة وبالقرائن معارضاً بذلك دليلا مكتوباً . ومن أجل ذلك آثرنا ، من الناحية =

(fraude à la loi) . والسبب فى ذلك أنه متى وجد احتيال على القانون ، فيجب تيسير كشفه وإباحة إثباته بجميع الطرق ، حتى يلقى جزاءه الحق . ويستوى فى هذا أن يكون من يريد إثبات الاحتيال من الغير أو يكون أحد المتعاقدين ممن اشترك فى الاحتيال بنفسه ويريد الآن الكشف عنه . فنى الحالتين يقضى النظام العام بضرورة فضح هذا الاحتيال ، ومن ثم أبيح ، حتى للمتعاقد نفسه بعد أن اشترك فيه ، أن يثبته بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن(١) .

ولما كان الاحتيال على القانون ليس إلا تواطؤاً مابين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، فقد وضح من ذلك أن من الطبيعى أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية . فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقى الذى وقع الاتفاق عليه ، يستره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذى يقع الطعن فيه . والجديد هنا أن الطاعن فى التصرف الظاهر — أى التصرف الصورى — ليس هو الغير ، وإلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التذرع بالاحتيال على القانون . ولكن الطاعن هو المتعاقد نفسه ، ويريد أن يثبت صورية العقد المكتوب بالبينة وبالقرائن ، وكان الأصل ألا يستطيع

= العملية ، أن نعالج هذه المسألة فى صدد القاعدة التى تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، على أن نعالجها بإيجاز من ناحية الاثبات فحسب ، وإلا فهى قاعدة شاملة تتناول جميع نواحى القانون (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الاثبات ص ٤٤٦ — ص ٤٥١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ٢١٧) .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن الاحتيال على القانون كالتدليس واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٦ وهامش رقم ٢ — ديكوتينى فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ١٠٩ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٢١٧ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — ولكن قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٧٨ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٤٤٧ هامش رقم ١) . ويبدو أن هناك فرقاً بين أعمال التدليس والاحتيال على القانون . فأعمال التدليس الواقعة على أحد المتعاقدين وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما الاحتيال على القانون فتواطؤ ما بين المتعاقدين ، وتوافق ما بين إرادتيهما ، على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع . فهو إذن عنصر من عناصر التصرف القانونى — يتعلق بالمحل أو بالسبب — كان الواجب فى الأصل أن يثبت بنفس الطريقة التى يثبت بها التصرف القانونى ، لولا أن فيه خروجاً على النظام العام ، فوجب تيسير كشفه كما قدمنا .

إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، لولا أنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون[١] .

ولم يرد فى التقنين المدنى نص على هذا الحكم[٢] . غير أن القضاء أجمع على الأخذ به فى اضطراد مستقر ، وطبقه فى حالات كثيرة .

من ذلك أن يكون سبب الدين قماراً ، ويكتب المتعاقدان أنه قرض ، فيجوز للمدين فى هذه الحالة أن يثبت ما يخالف المكتوب بالبينة وبالقرائن ، ليدل على أن السبب الحقيقى للدين هو القمار لا القرض[٣] .

---

(١) ومن المفيد فى هذه المناسبة أن نشير إلى أنه يجوز إثبات التصرف القانونى ، ولو زاد على النصاب ، بجميع الطرق فى حالتين : (أولا) عند ما يكون التصرف القانونى معتبراً واقعة مادية . ويكون ذلك : ١ — إذا كان من يريد إثبات التصرف هو من الغير ، كالشفيع يريد إثبات البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة فيجوز له إثباته بجميع الطرق . ٢ — إذا كان العقد صورياً ويريد الغير إثبات هذه الصورية ، فيجوز له إثباتها بجميع الطرق . ويلاحظ أننا لا نحتاج هنا إلى القول ، فى تبرير إباحة جميع الطرق فى الإثبات ، أن الغير كان لا يستطيع الحصول على الكتابة — إذ أن المانع من الحصول على الكتابة يجب أن يكون مانعاً قد قام فى حالة بالذات كما سنرى — بل يكفى أن نقول إن التصرف القانونى يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى من يريد إثباته بجميع الطرق ، أى بالنسبة إلى الشفيع فى الصورة الأولى وبالنسبة إلى الغير فى الصورية فى الصورة الثانية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . (ثانياً) عندما يكون التصرف القانونى قد داخله احتيال على القانون . ويكون ذلك إذا كان العقد صورياً ويريد المتعاقد نفسه أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ، مع أن العقد بالنسبة إليه يعتبر تصرفا قانونيا لا واقعة مادية ، ولكنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون (fraude à la loi) . وهذه هى الحالة التى نحن الآن بصددها . وسنعود إلى هذه المسألة فى موضع آخر .

(٢) أنظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٤٣ ص ٤٤٨ — ويشير الأستاذ مع ذلك إلى نص المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى ، وهى تقرر بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ .

وقد قضت محكمة النقض ، بوجه عام ، أن الصورية التدليسية لا يقتضى لتحقيقها وجود ثبوت بالكتابة ، وإنما هى تثبت بالقرائن فى حق كل من مسه هذا التدليس ، سواء أكان طرفاً فى العقد أم لم يكن (نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٣٨ ص ٤٥٣ — وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — ومحكمة النقض الفرنسية ٦ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥٠ — ١ — ٣٠٧) .

ومن ذلك أن يخفى العقد رباً فاحشاً ، ويكتب المتعاقدان سبباً غير ذلك ، فيجوز للمدين أن يثبت الربا الفاحش — وهو يخالف المكتوب — بالبينة وبالقرائن(١) .

وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضى به من إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الطاعنين فى التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود(٢) .

كذلك يجوز اثبات مايخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن اذا كان السبب الحقيقى الذى تخفيه الكتابة هو صدور العقد أثناء الحجر على المدين(٣) ، أو قيام علاقة غير شرعية بين المدين والدائن(٤) ، أو تخفيض ثمن المبيع هرباً من بعض رسوم التسجيل(٥) ، أو التحايل على اخفاء الرهن فى صورة البيع هرباً من قانون

---

(١) نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — والقضاء مضطرد فى هذا المعنى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ثبت أن عقدين حررا فى صورتى عقد بيع ، وكان الغرض من تحريرهما هو إخفاء قرض بربا فاحش ، فلا محل للقول بأنه لا يجوز الطعن فى العقدين ولا إثبات ما يخالفهما بالبينة ، لأن جعل عملية تشتمل على ربا فاحش فى صورة عقد بيع فيه مخالفة للنظام العام ، ويجوز إثباتها بالبينة حتى فيما بين المتعاقدين (١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٣٢٤) . وقضت أيضا بأن دعاوى الربا الفاحش ليست من الدعاوى التى يلزمها الدليل الكتابى على قيامها . بل تكفى فيها القرائن ، كما أنها ليست مقيدة بنصاب معين لقبول التحقيق فيها أو عدم قبوله (٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ٧٠) . وقضت محكمة طنطا أنه لما كان الربا الفاحش مخالفا للنظام العام ، جاز أن يثبت بكافة الطرق أن مبالغ متفقا عليها فى عقد إيجار هى فى الحقيقة ربا فاحش ، ولوكان هذا الإثبات مؤدياً إلى ما يخالف مضمون العقد أو متناولا مبلغاً تزيد قيمته على الألف قرش (٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٣١) .

(٢) نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — أنظر أيضاً حكما آخر فى هـذا المعنى لمحكمة النقض فى دائرتها المدنية فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٣) محكمة استئناف الإسكندرية ٢٨ ينايرسنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم٤٢٧ ص ١٠٤٧ .

(٤) محكمة استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩ .

(٥) الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤١٤ مكرر ص ٣٩٠ .

الخمسة الأفدنة (١) ، أو هرباً من ضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ (٢) ، أو تمييز بعض الورثة على بعض آخر (٣) ، أو غير ذلك من الأسباب غير المشروعة المخالفة للنظام العام (٤) .

على أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملا ، حتى يمكن الترخيص بعد ذلك فى إثبات هذا التحايل بالبينة وبالقرائن على وجه حاسم (٥) .

وننتهى من معالجة هذه المسألة بملاحظتين :

الملاحظة الأولى أنه لا يكفى للترخيص فى إثبات ما يخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن أن يدعى المتعاقد صورية العقد أياً كان سبب هذه الصورية ، بل يجب أن يكون هذا السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام . أما إذا كان السبب مشروعاً فلا يجوز للمتعاقد أن يثبت صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة (٦) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤ .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٤٢ ص ٤٥١ .

(٣) استئناف أهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٣ (الاتفاق على أن شخصاً لا يزايد على الآخر) — استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (اشتراط مقابل مبالغ فيه من المدين المنزوعة ملكيته فى نظير التدخل فى المزايدة) — الزقازيق الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٣٤ ص ٤١٢ (الحصول على اعتراف بالزوجية) — جرجا الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧ (إخفاء معاملة تجارية تحت صورة وديعة لإمكان اتخاذ الإجراءات الجنائية) .

(٥) استئناف أهلى ١٢ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٦٢ — ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ ص ١٧٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ١٤٧ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٧٩ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ ص ١١٩ — استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٤ .

(٦) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز إثبات الصورية بالقرائن إلا إذا كان العقد يخفى سبباً غير مشروع ، أما الادعاء بأن عقد البيع حرر لتكملة النصاب المقرر للعمدية أو للمشيخة فليس من هذا القبيل ، والصورية المدعى بها يجب إثباتها بالكتابة (٢١ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩ ص ١٧٠) — وانظر أيضاً حكم محكمة النقض (دائرة =

والملاحظة الثانية أن الحكم الذى نحن بصدده — جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن لوجود تحايل على القانون — وإن كانت تطبيقاته فى الكثرة الغالبة منها ترد كما رأينا فى نطاق إثبات مايخالف الكتابة ، وقد عالجناه فى هذا المكان لهذا السبب ، إلا أن ذلك لا يمنع من ورود تطبيقات له فى نطاق إثبات وجود التصرف القانونى نفسه ، فيكون استثناء وارداً على الشق الأول من قاعدة وجوب الدليل الكتابى . ويقع ذلك عند إثبات الوفاء ، فمن وفى بدين غير مشروع ، وأراد استرداد ما وفى به ، جاز له أن يثبت الوفاء — وهو تصرف قانونى — بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، لوجود تحايل على القانون (١) .

المبحث الثانى

الاستثناءات

٢٠٥ — نوعاد من الاستثناءات : قدمنا أن هناك أحوالا استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن ، حتى لو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . فتكون هذه الأحوال إذن استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها .

= مدنية) فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه ويقضى بعدم جواز إثبات الصورية بالبينة أو بالقرائن إذا كان سببها هو إعطاء الشخص مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى العقيلات .

(١) مثل ذلك ما قضت به المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى من جواز استرداد من خسر فى المقامرة ما أداه للكاسب ، وله أن يثبت ما أدى بجميع الطرق . ومثل ذلك أيضاً ما قضت به دائرة النقض من أنه يجوز بوجه عام إثبات ما داخله الغش بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام ، فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الغش ، كحالة ما إذا حصل شخص على نقود يزيد مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة فى سبيل إحضار زوجها الغائب غيبة مريبة (٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٨٢٠) .

وهذه الاستثناءات ، كما أسلفنا القول ، نوعان :

(النوع الأول) أحوال يقوم فيها دليل كتابى غير كامل يجعل وجود التصرف القانونى المدعى به قريب الاحتمال ، وهذا الدليل الكتابى غير الكامل يسمى مبدأ الثبوت بالكتابة (commencement de preuve par écrit) .

(والنوع الثانى) أحوال يقوم فيها مانع ، إما من الحصول على دليل كتابى ، وإما من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه لفقده بسبب أجنبى [1] .

المطلب الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة [2]

٢٠٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وكل نوع من هذين النوعين من الاستثناءات مستقل عن الآخر . فقد يوجدان معاً ، ويختار الخصم عندئذ التمسك بأيهما . مثل ذلك أن يكون الخصم قد اجتمع عنده دليل كتابى كامل ، ثم فقده بسبب أجنبى ، وفى الوقت ذاته عثر على مبدأ ثبوت بالكتابة . فله إما أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ويعززه بالبينة أو بالقرائن ، وإما أن يتقدم لاثبات دعواه بالبينة أو بالقرائن دون أن يقدم مبدأ الثبوت بالكتابة وذلك بعد أن يثبت فقده الدليل الكتابى الكامل بسبب أجنبى . وقد يوجد أحد الاستثنائين دون الآخر ، فيتمسك به الخصم . ويتحقق ذلك فى المثل المتقدم إذا ضاع الدليل الكتابى الكامل باهمال من الخصم ، فليس أمامه فى هذه الحالة إلا أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة يعززه بالبينة أو بالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ ص ٣٤٢ — بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١ مكرر ٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٤) .

هذا ويلاحظ أن البينة والقرائن فى حالة فقد الدليل الكتابى الكامل تكون دليلا بدلياً ، وليست دليلا أصلياً كما هى فى حالة إثبات التصرف الذى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات . وهى فى حالة مبدأ الثبوت بالكتابة دليل تكميلى ، وليست دليلا أصلياً ولا دليلا بدلياً . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨٥) .

(٢) انظر فى هذا الموضوع : هنرى مازو (H. Mazeaud) فى الفكرة القانونية من مبدأ الثبوت بالكتابة المنصوص عليه فى المادة ١٣٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، رسالة من ليون سنة ١٩٢١ — مانويل (Manuel) فى مبدأ الثبوت بالكتابة ، رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٧ — روجيه پرو (Roger Perrot) فى مبدأ الثبوت بالكتابة فى موسوعة داللوز فى القانون المدنى ١ ص ٦٩٧ (Encyclopédie Dalloz, Droit Civil) .

« ١ – يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة » .

« ٢ – وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢١٧/٢٨٢ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ٥٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٩٠ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٤٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٨٩ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ – وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » وفى لجنة المراجعة أضيفت عبارة : « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » فى الفقرة الأولى ليكون المعنى أدق ، وأصبح رقم المادة ٤١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب بعد استبدال كلمة « التصرف » بكلمة « العقد » فى الفقرة الثانية منها . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٥ وص ٤٠٨ — ص ٤٠٩) .

(٢) وكانت المادة ٢١٧/٢٨٢ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه » . ونرى من ذلك ألا فرق فى الحكم ما بين التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى القديم فى هذا الموضوع ، رغم الاختلاف فى العبارة .

(٣) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٦ : ١ — يجوز الإثبات بالشهادة فى الالتزامات القانونية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ — ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال . (ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص قاصرة ، حيث تقول : حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة . وكان الأولى أن يقال بدلا من ذلك : فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، حتى يرد الاستثناء على قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها ، فيشمل ما إذا كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة وما إذا كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . كذلك كان الأفضل استعمال عبارة « التصرف القانونى » بدلا من عبارة « الالتزامات التعاقدية » ، إذ العبارة الأولى أعم من العبارة الثانية . وفيما عدا ذلك يتفق نص التقنين السورى مع نص التقنين المصرى) .

=

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٤٧ (١).

٢٠٧ — نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة : ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة – بالشروط التى سنفصلها – جاز إثبات التصرف القانونى بالبينة أو بالقرائن أو بهما معاً ، أى أن البينة والقرائن تأتى معززة لدليل كتابى ناقص فتكمله (٢). ومبدأ الثبوت بالكتابة ، معززاً بالبينة أو بالقرائن ،

= التقنين المدنى العراقى م ٤٩٠ : تطابق نص المادة ٥٦ من قانون البينات السورى ، ويرد عليها نفس الاعتراضات .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : ... ٣) إذا وجدت بداءة بينة خطية ، أى مخطوطة ولو خالية من التوقيع ، صادرة عن المدعى عليه أو عمن يمثله ، يجعل الواقعة المزعومة قابلة للتصديق . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٩ : تطابق المادة ٤٠٢ من التقنين المدنى المصرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٤٧ : ١ – ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها (أى من وجوب الدليل الكتابى فى إثبات تصرف تزيد قيمته على ٥٠٠٠ فرنك وفى إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها) الأحوال التى يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ – ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل الورقة المدعى بها قريبة الاحتمال . (هذا ومبدأ الثبوت بالكتابة عرف فى القانون الفرنسى القديم عقب صدور أمر مولان عن طريق القضاء ، واستقر فى نصوص الأمر الصادر فى سنة ١٦٦٧ ، وانتقل إلى بوتييه ، ومنه إلى التقنين المدنى الفرنسى على الوجه الذى نراه : بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

Art. 1347 : Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

(٢) ذلك أن البينة والقرائن تستند فى هذه الحالة إلى ورقة مكتوبة ، فيمكن أن يضفى عليها من الثقة ما يعوزها لو لم تستند إلى الورقة المكتوبة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١) . وقد قدمنا أن البينة والقرائن تعتبر فى هذه الحالة دليلا تكميلياً لا دليلا أصلياً ، ولكنها دليل ضرورى وبغيره يكون الإثبات ناقصاً (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . وسنرى أنه يجوز أن يكون الدليل التكميلى لمبدأ الثبوت بالكتابة هى اليمين المتممة ، لا البينة ولا القرائن .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وينبغى التنويه بما لتعيين السمة الخاصة التى يمتاز بها هذا الاستثناء من بالغ الأهمية ، ذلك أنه يجعل الإثبات =

يكون دليلا كاملا فى كل ما كان يجب إثباته بالكتابة . فيكون دليلا كاملا على : (١) تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات (٢) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها (٣) تصرف قانونى اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة . ولكنه لا يصلح دليلا على تصرف شكلى كالهبة والرهن الرسمى ، إذ هو لا يحل محل الشكل ، فان الشكل ذاته ركن فى التصرف[1] .

= بالبينة جائزاً إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرة جنيهات من ناحية ، ويجعله جائزاً كذلك لنقص الثابت كتابة وإقامة الدليل على الإضافة إليه من ناحية أخرى . فتى وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بشأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبينة ، فهى بهذا الوصف تكمل ما يعتور الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور . وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضماناً كافياً للحد من الأخطار التى تكتنف الإثبات بالبينة . ثم إن البينة لا تكون فى هـذه الحالة إلا دليلا مكملا أو متمماً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) — هذا ويفسر عادة مبدأ الثبوت بالكتابة فى كثير من التوسع حتى تنكسر حدة التنظيم القانونى للإثبات . فتقبل البينة والقرائن فى مواضع تقضى العدالة بقبولها فيها ، وما كانت لتقبل لولا فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة . فهذه الفكرة إذن تتدارك كثيراً مما تفوته الصرامة التى تنطوى عليها دقة تنظيم الإثبات ، وهى صمام الأمان الذى يكفل لقواعد الإثبات أن تسرى فى رفق ويسر (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

(١) ومع ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه المسألة ما يأتى : «أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس شك فى أنه لا يسرى حيث تكون الكتابة شرطاً من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، كما هو الشأن فى المحررات الرسمية . ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون فى هذه الحالة مجرد دليل فحسب ، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية . على أن الخلاف قد أثير فى الفقه بصدد الالتزامات التى يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ، ولا سيما بالنسبة للإيجار (وكان التقنين المدنى السابق يشترط فى إثباته الكتابة) . والرأى أن الالتزام يترتب صحيحاً فى هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين ، لأن البينة قد استبعدت صراحة بالنص ، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) . هذا وكانت المادة ٤٤٦/٣٦٣ من التقنين المدنى السابق تنص على أن « عقـد الإيجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه أو امتناعه عن اليمين إذا لم يبدأ فى تنفيذ العقد المذكور » . وكان القضاء فى ظل التقنين السابق (قبل أن يخضع التقنين الجديد عقـد الإيجار لقواعد الإثبات العامة) يقضى بأنه لا يجوز إثبات عقد الإيجار بمبدأ ثبوت بالكتابة ولو عززته البينة والقرائن . وقد دافع الفقيهان أوبرى ورو باسهاب عن جواز إثبات عقد الإيجار فى القانون الفرنسى بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ هامش رقم ٥ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٥) .

٢٠٨ — أركاد مبدأ الثبوت بالكتابة : وحتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ، وفقاً للنص الذى قدمناه ، أن تتوافر أركان ثلاثة : (١) أن تكون هناك ورقة مكتوبة . (٢) وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه أو ممن يمثله . (٣) وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانونى قريب الاحتمال (١) .

§ ١ — وجود ورقة مكتوبة

٢٠٩ — الأعمال المادية لا تكوده مبدأ ثبوت بالكتابة : لابد لتوافر الركن الأول من وجود ورقة مكتوبة . أما مجرد الأعمال المادية ، إيجابية كانت أو سلبية ، ولو كانت ثابتة بالبينة أو بالقرائن ، فلا تكفى . ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام ، إذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن فى هذه الأعمال إذ تثبت عادة بالبينة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فانه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان تنفيذ الالتزام ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلا بد من إثبات

= ويبدو أن محكمة النقض فى مصر تظاهر هذا الرأى فيما يتعلق بعقد شركة التضامن . فقد قضت بأن عقد شركة التضامن ليس من العقود الشكلية حتى يبطل إذا لم تحرر به كتابة ، بل حكمه حكم سائر التعهدات التى يشترط فيها الإثبات بالكتابة ، إذ أن المادة ٤٦ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة إلا لبيان نوع الدليل الذى يقبل فى إثبات شركة التضامن ، كما نصت المادة ٢١٥ مدنى على وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة المتعهد على ألف قرش . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى التعهدات المدنية مقام الإثبات بالكتابة إذا أيدته الشهود والقرائن ، فمن باب أولى فى مسألة تجارية ، لأن القاعدة فى المواد التجارية أنه يجوز الإثبات بغير الكتابة طبقاً للمادة ١١٥ المذكورة (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ٨٦٩) . والأولوية التى تشير إليها محكمة النقض للمسائل التجارية فى الإثبات بغير الكتابة ليس من شأنها أن تمنع قيام مبدأ الثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن مقام الدليل الكتابى الكامل فى التصرفات التجارية والتصرفات المدنية على السواء .

(١) وتقول الأساتذة پلانيول وريبير وجابولد أن القضاء الفرنسى يتوسع فى تفسير الركن الأول من مبدأ الثبوت بالكتابة المتعلق بمادته (substance) ، ويضيق من تفسير الركن الثانى المتعلق بمصدره (origine) ، ويستبقى لقاضى الموضوع سلطانه فى تقدير الركن الثالث المتعلق بدلالته (pertinence) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٦) .

هذا التنفيذ وهو تصرف قانونى بورقة مكتوبة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . وهذه الورقة — سواء كانت دليلا كتابياً كاملا على التنفيذ أو لم تكن إلا مبدأ ثبوت بالكتابة — تكون فى الوقت ذاته مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى إثبات وجود الالتزام . فاذا كان الوفاء منصباً على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات وكان هذا هو كل الدين ، فاثبات الوفاء يجوز بالبينة وبالقرائن ، ولكننا فى هذه نكون فى غير حاجة إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، إذ يجوز إثباته هو أيضاً بالبينة وبالقرائن .

وقد يكون مبدأ الثبوت بالكتابة أعمالا مادية تسجل بعد ذلك فى ورقة مكتوبة ، فعند ذلك تكون هذه الورقة المكتوبة — لا الأعمال المادية — هى مبدأ الثبوت بالكتابة[1] .

٢١٠ — الشروع فى الوفاء : وقد كان التقنين المدنى السابق ينص فى المادة ٢٨٦/٢٢١ منه على أن « الشروع فى الوفاء يصح أن يكون عند الاقتضاء سبباً للقاضى فى أن يأذن بالإثبات بالبينة » . ولم يستبق التقنين الجديد هذا النص ، وقد كانت هناك فائدة فى استبقائه ، إذ يتميز فى بعض صوره عن مبدأ الثبوت بالكتابة . ذلك أن الشروع فى الوفاء قد يكون عملا مادياً محضاً ، فيثبت بغير ورقة مكتوبة . وكان فى هذه الحالة ، وفقاً لنص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين المدنى السابق ، يصلح سبباً للقاضى فى أن يأذن فى الإثبات بالبينة . أما بعد أن أغفل التقنين المدنى الجديد إيراد هذا النص ، فلم يعد الشروع فى الوفاء يصلح

---

(١) بل قد بلغ الأمر حد الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ذاتها ، إذا ثبت وجودها وكذلك مشتملاتها عن طريق الإقرار أو اليمين ، لا عن طريق البينة أو القرائن (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ — دى باج ٣ فقرة ٨٩٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٢٣ ص ٤٠٧ . ويجب أن يذكر الإقرار ما هى الورقة المكتوبة وما الذى تشتمل عليه من بيانات (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ . ويتبين من ذلك أن الورقة لم تعد هى ذاتها مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل هى ليست إلا مجرد دليل عليه ، وهى دليل يمكن الاستغناء عنه بالإقرار وباليمين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٤ ص ٣٥٧) .

فى هذه الحالة أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الإثبات بالبينة [1] .

وإذا كان الشروع فى الوفاء تصرفاً قانونياً كالوفاء بمبلغ من النقود أو دفع الفوائد ، فان كان المبلغ الموفى به أكثر من عشرة جنيهات فلابد فى إثبات الوفاء من ورقة مكتوبة . وعندئذ تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، دون حاجة إلى استبقاء نص المادة ٢٢١/٢٨٦ من التقنين السابق. أما إذا كان المبلغ الموفى به لايزيد على عشرة جنيهات ، فيمكن إثبات الوفاء وحده بالبينة أو القرائن دون ورقة مكتوبة . ولكن إثبات الوفاء بالبينة أو بالقرائن فى هذه الحالة لا يمكن التذرع به ، كما قدمنا ، لإثبات الالتزام ذاته إذا كان يزيد على عشرة جنيهات ، حتى فى عهد التقنين السابق ، بل يجب للوصول إلى إثبات الالتزام أن يكون الوفاء ثابتاً بورقة مكتوبة . وهنا أيضاً تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته دون حاجة الى استبقاء نص المادة ٢٢١/٢٨٦ [2] .

---

(١) فاذا كان الشروع فى التنفيذ المادى قد ثبت ، ولو بالبينة أو بالقرائن ، أنه وقع قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، جاز أن يكون سبباً لإثبات الالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة أو بالقرائن وفقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلم يعد هذا الشروع المادى صالحاً إلا أن يكون مجرد قرينة قضائية ، لا يجوز قبولها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات أو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

(٢) وعند ذلك فقط — أى فى حالة الشروع فى الوفاء إذا انطوى على تصرف قانونى لا فى حالة الشروع فى الوفاء المادى — يصدق ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد على الوجه الآتى : «ومن أمثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ أو للوفاء بالفوائد أو الإيرادات ، وقد أفرد لها التقنين المصرى (السابق) المادتين ٢٢١—٢٨٦/ ٢٢٢—٢٨٧ . ولما كان الملحوظ فى أحكام هاتين المادتين أنها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة ، لذلك لم تر ضرورة للنص عليها ، إذ فى تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يغنى عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نص آخر ، لم يستبقه التقنين المدنى الجديد ، هو المادة ٢٢٢/٢٨٧ ، وكان هذا النص يقضى بأن «دفع الفوائد يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة» . ولما كان دفع الفوائد ليس إلا شروعا فى الوفاء بالدين عن طريق تصرف قانونى لا عن طريق عمل مادى ، فان مبدأ الثبوت بالكتابة يغنى عن استبقاء المادة ٢٢٢/٢٨٧ ، كما بينا فيما قدمناه . (أنظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٣٠ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٧) .

ويخلص من ذلك أن المادة ٢٨٦/٢٢١ ، اذا كان يستطاع الاستغناء عنها فى حالة ما اذا كان الشروع فى الوفاء ينطوى على تصرف قانونى ، فقد كانت هناك فائدة فى استبقائها فى حالة ما اذا كان الشروع فى الوفاء ينطوى على عمل مادى (1) .

٢١١ — **أية كتابة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة** : وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أياً كان شكلها وأياً كان الغرض منها .

فسند غير موقع — إذ السند الموقع يكون دليلا كتابيا كاملا — ودفاتر تجارية ، وسجلات وأوراق منزلية ، ومراسلات موقعة كانت أو غير موقعة ، ومؤرخة أو غير مؤرخة ، وموجهة إلى من يحتج بها أو موجهة إلى الغير مادام يمكن تقديمها إلى القضاء ، وتأشيرات على سند الدين ، كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، هذا إذا لم تكن دليلا كاملا فى الحالات التى نص القانون فيها على ذلك وقد تقدم بيانها .

كذلك يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة محاضر الجرد ، ودفاتر الحساب ، والإيصالات (2) ، والمخالصات ، والتأشيرات المدونة فى هامش الأوراق

---

(1) وهذا ما جعل التقنين المدنى الإيطالى السابق الصادر فى سنة ١٨٦٥ يورد هذا النص فى المادة ١٣٥٤ منه . وقد نقل عنه التقنين المدنى المصرى السابق نص المادة ٢٨٦/٢٢١ . واستبقى المشروع الفرنسى الإيطالى نص التقنين الإيطالى فى المادة ٣٠٥ منه . وكان من الخير استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ فانه يسد فراغا ، ولا يمكن أن يستغنى عنه فى جميع صوره بمبدأ الثبوت بالكتابة كما رأينا (أنظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٢٩) .

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجوز للمشترى أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له ، متى كان قد حصل عليه برضا المودع لديه (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . وقضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكرى من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ (٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الإيصال المحرر من أحد شخصين بقبض مبلغ من الآخر على ذمة المزايدة يعد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٦) . وقضت محكمة جرجا بأنه إذا قدم المدين ورقة تفيد بأنه بعد تاريخ استحقاق الدين داين هو الدائن بدين آخر ، اعتبرت هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة على المخالصة من الدين الأول (٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥) .

والسندات أو فى ظهرها ، والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة فى أوراق منثورة ، وصور الأوراق الرسمية ، وصور الأوراق العرفية كصورة العقد المسجل[١] .

وتصلح الأوراق القضائية ونحوها من الأوراق أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقاً فى قضية أخرى ، وذلك كالبيانات المدونة فى أسباب الحكم[٢] ، وما ورد فى محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق[٣] ، والإقرارات التى تدون فى مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم[٤] ، والبيانات التى تقدم لمصلحة الشهر العقارى أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الأخرى وتدون فى أوراق رسمية[٥] .

---

(١) وقد تقدم بيان أن الصورة الفوتوغرافية للعقد المسجل تعتبر على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة . كذلك الشهادة التى تستخرج من دفتر التصديقات على الإمضاءات والأختام الموقع بها على المحررات العرفية هى صورة رسمية لما يدون فى هذا الدفتر من ملخص للمحرر ، وليست صورة للورقة العرفية ، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها كمبدأ ثبوت بالكتابة فى إثبات هذا العقد (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . ولكن محكمة النقض قضت ، لإثبات صورية العقد ، بأنه إذا كان الحكم لم يعتمد فى صورية عقد البيع على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات ، بل اطلعت المحكمة على كتابة مدونة فى الدفتر المذكور بها إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابى صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة لمحرر عرفى مجرد من أية قيمة فى الإثبات (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . ويبدو أن المحكمة اعتبرت الشهادة التى تستخرج من دفتر التصديقات مبدأ ثبوت بالكتابة ، أما الكتابة المدونة فى دفتر التصديقات فاعتبرتها دليلا كتابياً كاملا .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ .

(٣) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن أقوال المتهم فى أثناء التحقيق يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا احتوت على تناقض أو تباين يدل على سوء نية ، ولم تكن هذه الأقوال ظاهرة بحيث تكون اعترافاً صريحاً (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٨ — استئناف مصر ٧ ابريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١ ص ٢٢ — الاسكندرية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٠٥) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأن المحضر الذى يحرره قمص بدار البطريركية بأن زوجة المورث اشترت من مال زوجها المنزل موضوع النزاع رغم انكارها بصمتها على هــذا المحضر يعد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٢ ص ٩٨٧) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالشرط الأول وهو وجود =

ويجوز أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق متفرقة لا من ورقة واحدة ، كما إذا كانت الورقة الصادرة من الخصم تشير إلى ورقة أو أوراق أخرى غير صادرة منه ولكنها هي ، دون الأوراق الأخرى ، التي تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال[1] .

٢١٢ — السندات الباطلة : والسند الرسمي إذا كان باطلا — أياً كان سبب بطلانه — وكان موقعاً من ذي الشأن ، تكون له قيمة الورقة العرفية كما سبق القول . فمن باب أولى يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم يكن صالحاً لأن يكون دليلا كتابياً كاملا .

أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع من ذوي الشأن ، وكان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذي الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع ، فانه يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة[2] . وقد رأينا أن الورقة الرسمية الباطلة ، إذا كانت غير موقعة من المدين ، لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع ، ولكنها في هذه الحالة تصلح ، كما قدمنا ، أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع عليه ، لا لجهل بالكتابة أو عدم استطاعة لها أو رفض للتوقيع ، فانه يكون مجرد مشروع لم يتم ، ولا تكون له قيمة الورقة العرفية ، ولا يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذا كان السند الرسمي الباطل صادراً من عدة مدينين متضامنين ولم يوقعه إلا بعض هؤلاء ، فلا تكون له قيمة

= كتابة أو محرر عام الدلالة — فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه — فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع . ولذلك استعمل النص عبارة « فكل كتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

(١) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٧ و ص ٣٤٨ وهامش رقم ٦ مكرر ٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ — ومن باب أولى إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق ، فاستدلت المحكمة منها على أنها أجزاء لأصل واحد ، واعتبرتها ، لا ورقة ضد كاملة ، بل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فذلك ليس فيه خطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

الورقة العرفية ، وكذلك لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا بالنسبة إلى من لم يوقع لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقع لأنه لم يوقع إلا كمدين متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد حق الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدينين (١) .

والسند العرفى ، إذا كان باطلا لعدم التوقيع عليه ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدين أو كان صادراً منه أو ممن يمثله (٢) . وكذلك السند العرفى الموقع عليه أو الصادر من المدين ، دون ذكر لمقدار الدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز إثبات الدين بالبينة أو بالقرائن ، ولا يعد هذا إثباتاً لما يجاوز الكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلا كتابياً كاملا بل مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢١٣ — البيانات السلبية — تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة : وفى بعض الحالات قد يكون مجرد بيان سلبى ، أى مجرد إغفال ذكر بيان فى ورقة مكتوبة ، صالحاً لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة. وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن السكوت ، إذا كان ذا دلالة على الوفاء ، ومرتبطاً بورقة متعلقة بالدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة قد ينتج من عدم ذكر أمر فى ورقة تحتويه عادة ، كما إذا لم يذكر الورثة فى محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فان هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة فى التخلص من هذا الدين (٤) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم ذكر دين متنازع عليه فى محضر

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

(٢) أما فى فرنسا فالسند العرفى قد يكون باطلا أيضاً لعدم تعدد النسخ فى العقود الملزمة للجانبين ، أو لعدم ذكر عبارة الاعتماد فى العقود الملزمة لجانب واحد ، والسند العرفى الباطل لسبب من هذين يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٦ — ١ — ٢٩ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) .

(٣) استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٨ ص ١٥٦ .

(٤) استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

جرد قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، على أساس أن محضر الجرد الخالى من ذكر الدين هو الورقة المكتوبة (١) .

وتفريعاً على هذا المبدأ نصت المادة ١٧٣ من تقنين المرافعات الجديد على أنه «اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك» . والورقة المكتوبة فى هذه الحالة هى المحضر الرسمى الذى دون فيه تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة(٢) .

---

(١) نقض فرنسى ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤—١—٢٩٥ .

(٢) وكان تقنين المرافعات السابق (م ١٦١—١٦٢/١٨١—١٨٢) يجرى على الوجه الآتى : « إذا قررت المحكمة استجواب شخص عن وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول ، وامتنع عن الإجابة أو لم يحضر فى اليوم المحدد لذلك ، فإن للمحكمة النظر فيما يحتمله ذلك . ويسوغ لها أن تحكم بأن هذا الامتناع مما يؤذن بإثبات الوقائع المبنية عليها الأسئلة بالبينة ، ولو كانت الحالة مما لا تجيز القوانين الإثبات فيها بذلك » . ويبدو أن سلطة القاضى ، فى تقنين المرافعات السابق ، كانت أوسع منها فى التقنين الجديد ، فقد كان القاضى يستطيع ، بما له من *حق النظر فيما يحتمله امتناع الخصم عن الحضور أو عن الإجابة* ، *أن يعتبر هذا الامتناع إقراراً* كاملا ، كما أن له أن يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قرينة قضائية بسيطة تنقل عبء الإثبات إلى الخصم الممتنع عن الحضور أو عن الإجابة . أما فى تقنين المرافعات الجديد ، فأوسع سلطة للقاضى هى أن يعتبر الامتناع عن الحضور أو عن الإجابة مبدأ ثبوت بالكتابة .

وقد قضت *محكمة النقض* ، فى عهد *تقنين المرافعات السابق* ، بأنه *إذا كانت المحكمة قد* استجوبت طرفى الخصوم فيما تقدم به المدين من القرائن للتدليل على كذب الإيصال الصادر منه ، فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن اعتباره لذاته مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يجب لاعتباره كذلك أن يكون قد تضمن قولا صادراً عمن يراد الإثبات ضده يجعل الحق المراد إثباته بالبينة قريب الاحتمال . فإذا كان الثابت فى المحضر أن كلا من الطرفين قد أصر إصراراً تاماً على وجهة نظره : الدائن ينكر إنكاراً مطلقاً كل ما يدعيه المدين والمدين مصر على دعواه ، فإنه لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٥٦) . أما إذا تضمن محضر الاستجواب ما يجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال ، صح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٠ ص ٦١— استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤) . ولا يترتب على امتناع المدعى المدنى عن المجاوبة على الأسئلة الموجهة إليه من النيابة أثناء التحقيق جواز قبول الإثبات بالبينة فى غير الأحوال التى أجاز فيها القانون الإثبات بهذه الطريقة ، فإن امتناعه فى هذه الحالة لا يمكن أن يقاس بامتناع أحد الخصوم فى دعوى مدنية عن المجاوبة على الأسئلة التى وجهت إليه أثناء استجوابه عن وقائع معينة (استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧) . هذا =

فكأن الواقعة التي يتكون منها مبدأ الثبوت هي واقعة مستقلة عن الكتابة ، وليست الكتابة الا لإثباتها [١].

٢١٤ — التاريخ الثابت لمبدأ الثبوت بالكتابة : يميز الفقه في فرنسا بين ورقة عرفية موقع عليها وقد أعدت للإثبات ولكنها لاتصلح الا مبدأ ثبوت بالكتابة — وذلك كالورقة العرفية التي لم تتعدد نسخها أو لم تحمل عبارة الاعتماد المعروفة — وبين ورقة عرفية لم يوقع عليها ولم تعد للإثبات وتصلح مع ذلك أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة — وذلك كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والمذكرات الشخصية . ففي الحالة الأولى لايكون تاريخ الورقة حجة على الغير الا اذا كان ثابتاً وفقاً للطرق التي سبق بيانها في ثبوت التاريخ ، وذلك بالرغم من أن الورقة ليست الا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . وفي الحالة الثانية يكون تاريخ الورقة حجة على الغير دون حاجة الى أن يكون تاريخاً ثابتاً ، وللغير أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً في الورقة [٢] .

ولما كانت الحالة الأولى لاتتحقق في مصر ، اذ هي ترجع الى أحكام في التقنين الفرنسي أغفلها التقنين المصري — تعدد النسخ وعبارة الاعتماد — فانه يمكن القول أن مبدأ الثبوت بالكتابة في القانون المصري يكون تاريخه حجة على الغير دون حاجة الى أن يكون ثابتا . والغير الذي ينازع في صحة هذا التاريخ يستطيع أن يثبت عدم صحته بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن ، لأنه من الغير وليس طرفاً في الورقة التي يحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة كما سبق القول .

٢١٥ — مالا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة : ويتبين مما قدمناه أنه لايكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن هناك ورقة مكتوبة يستند إليها في الإثبات ،

=وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز لبنان «أن تناقض المدعى عليه في أقواله يعد مبدأ ثبوت بالكتابة، مما يجوز معه الإثبات بالشهادة والقرينة » (محكمة التمييز اللبنانية رقم ٩٠٠ تاريخ ١٩٤٠/٤/٢٥ مجلة المحامي سنة ١٩٤١ قسم ٤ ص ٧ — انظر الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦١٦) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢١ — ص ٢٢٣ وهامش رقم ١٠١ مكرر ٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

ولو كانت ورقة أغفل فيها ذكر الواقعة المراد إثباتها حيث كان يجب ذكرها وهو ما سميناه بالبيان السلبي فيما تقدم . فأى عمل مادى ، إيجابى أو سلبى ، وأى قول لاينتهى إلى بيانات مدونة — أو مغفلة حيث كان يجب تدوينها — فى ورقة مكتوبة ، لايكون مبدأ ثبوت بالكتابة . ومن ثم لا تكفى الأقوال الشفوية إذا كان لا يمكن إثباتها بالكتابة ، وإن كان يمكن إثباتها بالبينة أو بالقرائن(1) .

وإذا كان المراد هو إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن ، فلا يصح أن تكون الورقة ذاتها التى يراد إثبات مايخالفها أو يجاوزها هى مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ورقة أخرى صادرة فى تاريخ تال لهذه الورقة التى يراد إثبات مايخالفها أو يجاوزها(2) .

---

(1) الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٢ — وقد قضى بأن الإمضاء الموقع بها على سند ما يجب أن تشمل اسم الملتزم ،ولا تغنى عنها علامة يضعها المدين ؛ كما لا يصح اعتبار هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانونا ، ويسرى هذا الحكم أيضا على الختم المطموس الذى لا يقرأ (دمياط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٩ ص ٦٢ — محكمة النقض الفرنسية ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ داللوز ١٩٣٤ — ١ — ١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨)

ومع ذلك فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وقد تكون هذه الكتابة سنداً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعا أو غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) — والورقة التى تشير إلى ورقة أخرى هى التى تجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال تعتبر هى والورقة الأخرى معا مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دامت الورقة الأخرى موجودة ، كما سبق القول . أما إذا لم يوجد أثر لهذه الورقة الأخرى ، فالورقة الأولى وحدها لا تكفى لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة (حكم محكمة باريس الاستئنافية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى تريبينو ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ ويشير إليه بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ — ص ٩٨٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن بقاء أصل عقد البيع الموقع عليه من المتعاقدين تحت يد البائع قرينة يصح التمسك بها ليثبت البائع بالبينة أن العقد صورى ولولم تؤخذ على المشترى ورقة ضد (٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٧ ص ١٦٧) . وكان من الممكن أن يقال إن بقاء أصل عقد البيع تحت يد البائع قرينة على أن العقد لا يزال مشروعا لم يتم لاعلى أنه عقد صورى ، لولا أن هذا يعتبر إثباتاً بالقرائن لما يخالف عقد بيع مكتوب .

ويعتبر وضع توقيع على ظهر «شيك» مبدأ ثبوت بالكتابة (دى باج ٣ فقرة ٨٩٢ ص ٨٣٢ وهامش رقم ٨ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٢٣) .

(2) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ — ديرانتون ١٣ فقرة ٣٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٦ وص ٩٨٨ — نقض فرنسى ١٣ يونيه =

٢١٦ — رقابة محكمة النقض : وكون هذا الركن الأول — وجود ورقة مكتوبة — قد توافر فى مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض[١] .

§ ٢ — صادرة من الخصم أو ممن يمثله

٢١٧ — الورقة صادرة من الخصم : حتى تصلح الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجب أن تكون صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها ، مدعيا كان فى الدعوى التى رفعها أو مدعى عليه فى الدفع الذى تقدم به[٢] . وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً مادياً (matériel) أو صدوراً معنوياً (intellectuel) .

فالصدور المادى يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه — وأى الشيئين يكفى : التوقيع أو الخط . والورقة التى وقعها الخصم تكون فى الغالب دليلا كتابياً كاملا إذا أعدت أصلا لإثبات المدعى به . ولكنها قد لا تكون أعدت لذلك ، واقتصرت على بيانات تجعل المدعى به قريب الاحتمال ، وعندئذ يكفى لاعتبارها صادرة من الخصم أن تكون بتوقيعه دون أن تكون بخطه[٣] . ولكن يجب أن يكون التوقيع هو التوقيع الصحيح للخصم ، فلا يكفى أن يكون مجرد تأشيرة

= سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ٣٨ — ١٠ مارس ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ١ — ٢٠١ . ولكن الورقة التى أسىء توقيعها على بياض تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات إساءة هذا التوقيع (بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ هامش رقم ٣ مكرر ٣) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٨ والمراجع والأحكام المشار إليها فى هذا الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ — ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع شخص بامضائه التزاما عقده الغير لحسابه ، دون أن يبين ما إذا كان قد أراد بامضائه الالتزام أن يقره أو أن يكون مجرد شاهد فى الورقة ، فان هذا السند لا يكون دليلا كاملا على التزامه ، ولا يصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يرخص فى تقديم البينة لإثبات أنه إنما وقع بامضائه كطرف فى الالتزام لا كمجرد شاهد (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧) .

(paraphe) أو علامة (marque) أو توقيع هامشى (signature marginale)[(١)]. وقد تكون الورقة غير موقع عليها من الخصم ، ولكنها مكتوبة بخطه . وهذا يكفى لاعتبار الورقة صادرة منه ، ولا حاجة إلى التوقيع[(٢)] . وسواء كانت الورقة موقعة من الخصم أو مكتوبة بخطه ، فالواجب فى الحالتين أن يكون الخصم غير منكر لتوقيعه أو لخطه . أما إذا أنكر ، فلابد من الالتجاء إلى إجراءات تحقيق الخطوط على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، فان ظهر من التحقيق أن التوقيع أو الخط هو له اعتبرت الورقة صادرة منه ، وهذا مالم يطعن فيها بالتزوير وينجح فى هذا الطعن[(٣)] .

والصدور المعنوى يتحقق بأن الخصم — وهو لم يوقع الورقة ولم يكتبها بخطه — يعتبرها كما لو كانت صادرة منه. فقد يكون الخصم أمياً فتكتب الورقة بأملائه[(٤)] ،

---

(١) ويتساءل أوبرى ورو عما إذا كان يكفى التوقيع الذى بدأه الخصم فأدركه الموت قبل أن يتمه ، ويجيب أن محكمة باريس الاستئنافية (٢٧ مارس سنة ١٨٤١ سيريه ٤٢ — ٢ — ١٠) قد قضت بأنه يكفى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الورقة الصادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده يجوز قبولها كبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم تكن ممضاة منه (٣ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يشترط فيه أن تكون الورقة مكتوبة وموقعاً عليها من الخصم ، لأنها فى هذه الحالة تكون دليلا تاماً ، وإنما يكفى أن تكون الورقه مكتوبة بخط الخصم وإن كان موقعاً عليها من غيره ، كما يجوز أن يكون كتبها غيره وهو وقع عليها (١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٨) . بل أن الإقرار يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة باعتباره صادراً من الخصم ، وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الإقرار المركب إذا أريدت تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، لأن عدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون فى الدعوى دليل آخر غيره . أما إذا وجدت بينة ، فتمكن تجزئة الإقرار ، على أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تكمله البينة (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٧٦ ص ٢١٠ ، وحكم آخر فى نفس التاريخ المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة منوف بأن إقرار البائع المدون فى مذكرات مقدمة منه فى دعاوى سابقة بشأن البيع الصادر منه المشترى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١/٧٩) .

أما المنشور المطبوع غير الممضى فلا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه يتعذر التحقق من مصدره (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٢ — ص ٩٩٣) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ داللوز ١٩٣٥ — ١ — ٦١ .

وتعتبر فى هذه الحالة صادرة منه دون أن يكون قد وقعها أو كتبها بخطه (١) . وقد تكون الورقة لم تكتب بأملائه ، ولكنه تمسك بها مقراً بما ورد فيها ، كمخالصة صادرة من الخصم الآخر تمسك بها ، فتعتبر كأنها صادرة منه دون أن تكون بتوقيعه أو بخطه (٢) . ويلاحظ أن ارتضاء الخصم للورقة التى لا تحمل توقيعه أو خطه ، واعتبارها صادرة منه ، واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن(٣) . والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم قد تعتبر صادرة منه صدوراً معنوياً ، وصفة الموظف العام الذى كتب هذه الورقة قد تكفى وحدها فى ذلك . فالإقرارات والبيانات التى ترد فى أسباب الحكم (٤) ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن محاضر الحجوز الإدارية التى توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر ، وهى بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كبدأ ثبوت بالكتابة فى شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالثمن الوارد بها ، فاذا استكملتها محكمة الموضوع بما تذكره فى حكمها من القرائن ، واستنتجت منها وجوب خصم قيمة الحاصلات حسبما جاء بمحاضر الحجز ، فهذا الاستخلاص مما يدخل فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، ولا رقابة فيه لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٩ ص ١٠٧٦) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن ما يكتبه المستخدم فى البنك باملاء مدير البنك ، وما يكتبه الكاتب باملاء موثق العقود ، يعتبر صادراً من مدير البنك ومن الموثق (نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ — ١ — ٢٦١ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ٣٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته مستنداً صادراً له من آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الأرض وأنه وقد أصبح هذا البيع نهائياً فان ورقة الضد التى ضاعت منه تعتبر لاغية ولا يعمل بها إذا ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الأحوال ، فانها لا تكون خالفت القانون ، إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذى قدمه يفيد تسليمه بسبق وجود ورقة الضد وبضياعها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذى هو محل الدعوى (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٧ ص ١٦٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الطاعن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطاباً مرسلا له من المطعون عليه ، فإنها لا تكون قد أخطأت إذا استخلصت من هذا الخطاب دليلا قبل الطاعن (مبدأ ثبوت بالكتابة) ، ذلك أن تقديم الطاعن مستنداً له فى الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه ، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه (نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٤ ص ٩٠٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسى ١٧ يوليه سنه ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٤٧٥ .

وتلك التي ترد في محضر الاستجواب[1] ، أو في محضر المعاينة ، كل هذه تعتبر صادرة من الخصم صدوراً معنوياً ، فهي لا تحمل توقيع الخصم أو خطه ، ولكنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم ، بواسطة موظفين عامين فوق مستوى الشبهات[2] . وهذا بخلاف الورقة الرسمية الموثقة ، فانها إذا لم تكن موقعة من الخصم ، ولم يكن عدم التوقيع راجعاً إلى الجهل بالكتابة أو عدم

(١) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩—١—٣٤٧ .

(٢) بل إن البيانات التي يذكرها عامل مصلحة البريد في حوالة بريدية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦—١—١٠٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤) . وقضت محكمة النقض بأن تمسك الصادر له الورقة المطعون فيها بالتزوير بهذه الورقة وثبوت تزويره لتاريخها ، أي أن أصل تاريخها الصحيح هو ما يقرره مدعى التزوير ، ذلك يعتبر حتما مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١) — انظر أيضاً : استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٧٣ — ٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٨٥ — ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦١ — استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « على أن الفقه والقضاء في فرنسا وبلجيكا ومصر استقرا على أن إقرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص أو قاض يأمر بإثباتها يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعاً عليها منهم . ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصاً بتلقي مثل هذه الإقرارات ، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها . وغنى عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال . وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد . فمن ذلك مثلا الإقرارات التي يدلى بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٩١) ، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٣٨٨) ، والإقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ب ٢ ص ٣٩٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٤٣) ، والإقرارات أو الشهادة التي يدلى بها ذوو الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدني أو الجنائي (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) ، وما يثبت من أقوال أو إقرارات في حكم من الأحكام (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٧ مج ر.م ٢ ص ٣٠٩) . وقد أشارت المادة ٤٤٥ فقرة ٣ من التقنين المراكشي إلى هذه التطبيقات في بعض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الإقرارات التي يتلقاها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته تعتبر صادرة من الخصم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٨) .

استطاعتها أو رفض التوقيع ، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنها تعتبر فى هذه الحالة مجرد مشروع لم يتم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(١) .

٢١٨ — الورقة صادرة ممن يمثل الخصم : ويصح أن تكون الورقة صادرة ، لا من الخصم نفسه ، بل ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة . والأدق أن يقال : ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم (٢) .

فمثل من يمثله الخصم المورث . فالورقة الصادرة من المورث تعتبر كأنها صادرة من الوارث ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الوارث كما

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤ — أما صور الأوراق الرسمية وصور الأوراق العرفية ، فقد بينا فيما تقدم متى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . انظر أيضاً فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٤٠٩ — ص ٤١١ .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ جازيت دى باليه ١٢—١٤ مارس سنة ١٩٥٢ — وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ولذلك لم ينص عليه صراحة التقنين المدنى الجديد . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٧) فقد ذكر : « كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم »

"tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente"

وقد أخذ على هذا النص : (ا) أنه يقتصر ، فى عبارته الأولى ، على المدعى (الخصم الموجه إليه الطلب) ، والواجب إطلاق العبارة حتى تشمل المدعى عليه فى الدفع أذ يصبح عند ذلك مدعياً ، وكان الأولى أن يقال : « الخصم الذى يحتج عليه به » ، ليشمل المدعى فى الدعوى والمدعى عليه فى الدفع . (ب) أنه يقتصر ، فى عبارته الثانية ، على ذكر من يكون الخصم ممثلا له (celui qu'il représente) كالمورث ، ولم يذكر من يكون ممثلا للخصم كالوكيل (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٧ وهامش ٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى فى هذا الصدد ما يأتى : «والشرط الثانى هو صدور المحرر من الخصم الذى يحتج عليه به ، لا من أحد الأغيار . بيد أن المحرر يعتبر صادراً من مثل هذا الخصم ولو كان صادراً من غيره ، متى كان هذا الغير مستخلفاً تسرى التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقاً للقواعد العامة ، أو نائباً قانونياً أو اتفاقياً يعمل فى حدود نيابته لأن كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل وبالعكس . ولذلك استعمل النص عبارة « الخصم أو نائبه » وفقاً لما جرى عليه القضاء المصرى (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) — ويلاحظ أن المشروع التمهيدى لم يرد فيه إلا لفظ « الخصم » دون « نائبه » ، وإنما وردت عبارة « الخصم أو نائبه » فى المشروع الأولى للإثبات الذى سبقت الإشارة إليه .

كان يحتج بها على المورث . ومثل من يمثله الخصم أيضاً المدين إذا استعمل الدائن حقوقه . فالورقة الصادرة من المدين تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الدائن (١) .

ومثل من يمثل الخصم وكيله . فالورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ، ويحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة(٢) . على أنه يجب إثبات عقد الوكالة وفقاً للقواعد العامة .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفعت دعوى بموجب سند أقر فيه المدعى عليه بقبضه مبلغا على سبيل الأمانة ، ورفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذا السند قائلا أن قيمته هي مجموع مبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاقه في وقف هي ناظرة عليه ، وأن زوج المدعية ووكيلها طلب إليه أن يحرر ذلك السند لمصلحة زوجته في دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها ، وأنه في نظير هذا يرد له إيصالات المبالغ المذكورة ، واستند المدعى عليه في دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها وكيلها بما يفيد سبق وجودها لديها واستردادها منها ، واعتبرت المحكمة هذه الإيصالات مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز تكملة الدليل على الصورية بالبينة والقرائن فيما بين العاقدين ، فهذا صحيح لا مخالفة فيه للقانون ، لأن هذه الإيصالات وإن كانت صادرة من المدعى عليه ، إلا أنها معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما جعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال في نظر المحكمة (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤١ ص ٦٦٠). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المخالصة الصادرة من صراف مالك الأرض والمذكرة بتحديد الأرض الصادرة من مهندس المالك ، هذان يعتبران مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات بيع الأرض (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٢٨) وقضت كذلك بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلا عن المالك ، فالورقة الصادرة منه لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المالك (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤١) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن علاقة التبعية القائمة بين رب العمل والمستخدم تجعل الورقة الصادرة من الثاني مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الأول (نقض فرنسي ١٣ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٣٩٣) . والورقة الصادرة من الفضولي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد رب العمل إذا أقر هذا أعمال الفضالة صراحة أو دلالة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ — ص ٩٩٢) — والخطاب الصادر من المهندس المعماري لصاحب الأرض إلى مهندس الجار ، في شأن تعدي الجار على هذه الأرض ، يعد مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحب الأرض (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧—١—٢١) كذلك دفاتر المصرف أو موثق العقود تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد موكليهما (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٦) .

=

والمحامي يعتبر وكيلا عن الخصم الذي يترافع عنه . فالإقرارات والبيانات التي يكتبها في مذكراته منسوبة إلى موكله تعتبر صادرة من الموكل ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها عليه . وهذا هو أيضاً شأن ما يدلى به في مرافعته منسوباً إلى موكله ، ويدون في محضر الجلسة ، أو في محضر التحقيق .

كذلك المحضر يعد وكيلا . فكل إعلان يقوم به المحضر على لسان الخصم يعتبر كأنه صادر من الخصم ، كصحيفة الدعوى والمعارضة في التنبيه وغير ذلك من أوراق المحضرين (١) .

ويمثل الولى والوصى والقيم القاصر والمحجور عليه ، في حدود ولاية كل منهم . فالورقة الصادرة من أحد من هؤلاء ، في هذه الحدود ، تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المحجور عليه .

٢١٩ — *ما لا يعتبر صادراً من الخصم ولا ممن يمثله* : ويتبين مما تقدم أن الورقة ما لم تكن صادرة من الخصم ، أو ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم ، لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يحتج بها على الخصم .

فالورقة الصادرة من الخصم الآخر لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الخصم الأول (٢) ، للسبب المتقدم ، ولأن الشخص لا يستطيع أن يصطنع

= وقضت أخيراً محكمة النقض في مصر بأنه يجب ، لكي يعتبر المحرر الصادر ممن ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولى أو وصى ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يكون قد صدر منه في حدود نيابته ، فإذا كان الحكم قد اقتصر في اعتباره الإقرار السالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة مع كونه صادراً من جد القصر والوكيل عن الوصية ، دون أن يبين ما إذا كان هذا الإقرار قد صدر في حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية — وفي حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فانه يكون قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٧ ص ٦٢) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض الدعوى المقامة من الطاعن ضد مجلس محلى الجيزة بالمطالبة بمبلغ تعويضاً عما لحقه من خسارة بسبب امتناع المجلس عن تنفيذ ما التزم به له مقابل استيلائه على جزء من ملكه وملك الوقف للانتفاع به في عمل شارعين أو مقابل ما ضاع عليه من الكسب بسبب تصرف المجلس معه — إذا كان استند في قضائه بذلك إلى أن الطاعن كان ، بعد أن قرر المجلس — تنفيذاً لما ارتأته الوزارة — أن يكون التنازل بلا شرط ، قد سكت زمناً ولم يطالب بأى تعويض ، بل هو بعد ذلك تنازل للمجلس عن =

الدليل لنفسه (١).

والورقة الصادرة من الزوج لا يحتج بها على زوجته ، ولا يحتج بالورقة الصادرة من الزوجة على زوجها ، هذا ما لم يكن أحدهما وكيل الآخر وفى حدود هذه الوكالة (٢).

كذلك لا يحتج بالورقة الصادرة من الإبن على أبيه ، ولا من الأب على ابنه (٣).

ولا يحتج بالورقة الصادرة من أحد الشركاء فى الشيوع على باقى الشركاء ، ولا من أحد المتهمين فى جريمة على شركائه أو الفاعلين الأصليين الآخرين ، ولا من أحد الخصوم فى الدعوى على المنضمين معه فى الخصومة ، ولا من مصفى الشركة على أحد الشركاء (٤).

كذلك لا يحتج على الخصم بما يصدر عن الغير من إقرارات وبيانات عند استجوابه . ومن ثم لا يجوز استجواب ولا الأمر باستحضار غير الخصم (٥).

= أرض شارع آخر بدون تعويض رغبة منه فى تصقيع أرض الوقف ، ثم إنه قبض ثمن النخيل الذى وافقت الوزارة على دفعه له بكتابها الذى قالت فيه إن التنازل عن أرض الشارعين لا يكون معلقاً على شرط ، فإن كل هذا الذى استند إليه الحكم لا يخرج عن كونه قرائن أحوال لا تصلح قانوناً لإثبات التنازل المذكور عن أرض الشارعين التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٦ ص ٣٩٨) . ولم تعتبر محكمة النقض الكتابة الصادة من مجلس محلى الجيزة بتنازل المدعى عن أرض الشارعين مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المدعى ، لأنها كتابة صادرة من الخصم الآخر .

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ١١ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٣٤ و ص ٣٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن المشترية لم توقع الورقة المتضمنة إقرارها أن عقد شرائها صورى ، بل كان الذى وقعها هو والدها الذى لم يكن نائباً عنها ، فإنه لا يصح أن تتخذ المحكمة من تلك الورقة دليلا كاملا على صورية ذلك العقد فى حالة ما يكون إثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابى (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧) . ولم تصرح المحكمة بعدم جواز اتخاذ الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل اقتصرت على ذكر أنه لا يصح اتخاذها دليلا كاملا .

(٤) نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ — ١ — ٣٠٧ .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٠ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم ابتدائى بناء على طلب أحد الدائنين بصورية عقد أبرمه مدينه ، ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغائه وعدم قبول دعوى المدعى ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة فى دعوى صورية العقد التى يرفعها المدين فيما بعد على من أصدر له التصرف (نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠).

٢٢٠ — **رقابة محكمة النقض** : وكون الورقة صادرة من الخصم ، أو ممن له صفة فى تمثيل الخصم له أو فى تمثيله للخصم ، هو الركن الجوهرى فى مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو الذى يصل الورقة بالخصم ويجعلها حجة عليه. وهذه مسألة من مسائل القانون ، ومن ثم كان البت فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، مثلها فى ذلك مثل الركن الأول[1].

§ ٣ — تجعل المدعى به قريب الاحتمال

٢٢١ — **معنى قرب الاحتمال** : لا يكفى أن تكون الورقة المقدمة كمبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة ، بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول ، لا ممكنة الحصول فحسب[2] .

فاذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو ، فان مبدأ الثبوت بالكتابة ، هو وحده أيضاً ، لا يكفى دليلا كاملا على صحة الواقعة المراد إثباتها ، كما تقدم القول . بل تجب تكملته بالبينة ، أو بالقرائن ، أو بهما معاً .

وليس القاضى مجبراً ، عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لتكملة الدليل . فقد يرى فى ظروف القضية وملابساتها وفيما يحوطها من القرائن القضائية ما يقنعه بصحة الواقعة المدعى بها ، وتكون القرائن فى هذه الحالة هى التى أكملت مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد يقوم من ظروف القضية وملابساتها ما يقنعه بعكس ذلك ، فلا يحتاج أيضاً فى هذه الحالة إلى أن يحيل الدعوى إلى التحقيق ، ويزول ما كان لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر كدليل .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٥٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ — ص ٩٩٥ .

(٢) قارن دى باج ٣ فقرة ٨٩٥ — ويتبين من ذلك أن الورقة المثبتة لوجود اتفاق لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على تنفيذ هذا الاتفاق . ومن ثم لا تصلح الورقة المثبتة للدين مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحة الدائن لإثبات قطع التقادم عن طريق دفع الأقساط المستحقة والفوائد (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ وهامش رقم ٤٧) .

وقد يرى القاضي أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالبينة أو بالقرائن . وهنا أيضاً يستبقى القاضي سلطته الكاملة فى التقدير . فيسمع الشهود ، وقد يقتنع فتصح عنده الواقعة المدعى بها ، وقد لا يقتنع فيعتبر أن هذه الواقعة لم يقم عليها الدليل[1] .

٢٢٢ — قرب الاحتمال مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض

: وتقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . ومحكمة الموضوع فى تقديرها لهذه المسألة لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز الطعن فى تقديرها أمام هذه المحكمة . وهذا هو الذى انعقد عليه الإجماع ، فقهاً وقضاء ، فى مصر وفى فرنسا[2] .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٥ — على أن القاضي لا يكون مخطئا إذا هو لم يحل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال الدليل بالبينة ما دام الخصم لم يطلب منه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر أن الإيصالات ليست دليلا كاملا على التعاقد وأنها لا تعدو أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذ قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالا للاثبات (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٠ ص ٢٦) .

(٢) تولييه ٩ فقرة ١٣٣ – ديرانتون ١٣ فقرة ٣٤٤ — بونييه ١ فقرة ١٧٠ — لارومبيير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ٢٧ – أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ – ص ٣٦٥ – بودرى وبارد ٤ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ — ص ٩٩٥ — نقض فرنسى ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠—١—٤٥١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤—١—٢٢٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤—١—٩٤ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦—١—٣١٧ — دى هلتس ٣ الإثبات (Preuve) فقرة ٦٧ — الأستاذ عبد السلام ذهنى ١ ص ٤٦٧—ص ٤٦٨ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤٥٤ — الموجز للمؤلف ص ٧١١ وص ٧١٣ هامش رقم ١ — الأستاذان حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى النقض فى المواد المدنية والتجارية ص ٢١٣ — ص ٢١٥ — وقد جاء فيه ما يأتى : « وإذا قلنا إن قاضى الدعوى حر فى تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد فى أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذى يراد الاعتماد عليه فى القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ، ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، فإن أتى فى ذلك بما يكون معقولا مقبولا حمل التكييف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منتزع من غير دليل قائم » . =

فمن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة ، يكون الركنان الأولان — وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم — من مسائل القانون ، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض . والركن الثالث — قرب الاحتمال — من مسائل الواقع ، لقاضى الموضوع فيها سلطان لامعقب عليه من المحكمة العليا .

٢٢٣ — ضوابط ثلاثة فى تقدير قرب الاحتمال : ومن يستقرىء الفقه والقضاء يستطيع أن يستخلص ضوابط يستأنس بها فى تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . وهى ضوابط يستأنس بها قاضى الموضوع ، ولكنه غير مقيد بها قانوناً . وسواء اتبعها أو لم يتبعها ، فتقديره كما قدمنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض (١) .

ذلك أن الورقة التى تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة :

١ — ورقة كان من الممكن أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها .

٢ — ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها ، ولكنها تشير إلى هذه الواقعة .

٣ — ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد إثباتها ، ثم هى لا تشير إلى هذه الواقعة .

= نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ ص ٢٨٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٨ ص ٥٦٦ — ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ — ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ — استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧ .

(١) حتى لو كان القانون هو الذى نص على جواز اعتبار ورقة معينة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فنى هذه الحالة أيضاً يكون لقاضى الموضوع سلطة تقديرية ، لا معقب عليها من محكمة النقض ، فى اعتبار الورقة أو فى عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٥) .

٢٢٤ — ورقة فانه من الممكن أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد اثباتها : وذلك كالأوراق الرسمية والأوراق العرفية وغيرها من الأوراق التى جعل لها القانون قوة معينة فى الإثبات كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والرسائل .

وهذه أوراق فى الأصل تكون دليلا كتابياً كاملا . فاذا نقصها شرط من الشروط التى يتطلبها القانون لم تعد تصلح أن تكون دليلا كاملا ، وانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذ هى تذكر الواقعة المراد إثباتها ذكر الدليل الكامل ، فلا يكون هناك شك فى أنها تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال . وإذا فاتها أن تكون دليلا كتابياً كاملا لما اعتورها من النقص ، فانها تصلح فى القليل أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

فالورقة الرسمية إذا شابها عيب فى الشكل ، ولم تصلح أن تكون ورقة عرفية ، فانها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . مثل ذلك السند الرسمى الباطل غير الموقع عليه من ذى الشأن ، إذا كان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذى الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك(١) .

وصور الأوراق الرسمية التى لا تصلح دليلا كاملا طبقاً لأحكام القانون ، كالصورة الرسمية الأصلية إذا لم يكن مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل ، وصورة الصورة الأصلية إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة على رأى أشرنا إليه فيما تقدم ، تصلح فى الغالب أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذى أسلفنا الإشارة إليه .

والورقة العرفية المكتوبة بخط المدين إذا لم تكن موقعة ، وثبت أن عدم التوقيع لا يرجع إلى رفض المدين لتوقيعها مما يجعلها فى منزلة مشروع لم يتم ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

---

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ وهامش رقم ٤٥ .

وصور العقود المسجلة تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على الوجه الذى ذكرناه فيما تقدم .

ودفاتر التجار ، حين تكون حجة على غير التجار فيما قام التجار بتوريده مع توجيه اليمين المتممة (م ٣٩٧ فقرة أولى) تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أكمل هنا ، لا بالبينة ولا بالقرائن ، بل باليمين المتممة . وهذا وضع خاص نص عليه القانون .

والأوراق والسجلات المنزلية،إذا كانت مكتوبة بخط صاحبها دون توقيعه ، وفى غير الحالتين اللتين نص فيهما القانون على أن تكون دليلا كاملا (م ٣٩٨ : إذا ذكر أنه استوفى ديناً ، أو أن الورقة تقوم مقام السند) ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذى قدمناه .

والرسائل إذا كانت غير موقعة ، وكذلك الأصل غير الموقع من البرقيات ، تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على التفصيل الذى أسلفنا ذكره[1] .

٢٢٥ — ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلا كتابياً كاملا على الواقعة المراد اثباتها ولكنها تشير الى هذه الواقعة : وهذه الإشارة قد تكون إيجابية أو سلبية .

والأمثلة كثيرة على الإشارة الإيجابية . منها كتاب يرسله شخص إلى آخر ، يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو أى عقد آخر ، فيكون هذا الكتاب مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبه على وقوع هذا العقد.وكتاب يرسله المدين،يذكر فيه الدين الثابت فى ذمته دون أن يذكر مقداره وشروطه ، فيكون مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا الدين[2]. وكتاب يكتبه الدائن إلى ورثة مدينه، يسألهم إذا كان فى أوراق مورثهم شيء يفيد براءة ذمته ، فاذا ما استوثق أن شيئاً من ذلك لا يوجد رفع الدعوى يطالب بالدين ، فيعتبر هذا الكتاب الذى أرسله الدائن إلى الورثة

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٧١٢ .

وأشار فيه إلى براءة ذمة المدين مبدأ ثبوت بالكتابة على هذه البراءة(١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم العقود بالمحكمة المختلطة الدالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من زيد لعمرو وأن البيع هو بثمن قدره كذا وأن زيداً الصادر منه البيع هـو الذى قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا تحت رقم كذا وأن زيدا هذا هو هو بنفسه الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا — هذه الشهادة مفادها أن بقلم العقود إيصالا موقعاً عليه من زيد يفيد تسلمه لذلك العقد وأن هذا العقد صادر منه بالبيع لعمرو بمبلغ كذا . ولا شك فى أن ذلك الإيصال المستفاد حتما من عبارة الشهادة الرسمية التى هى فى ذاتها حجة لم يطعن فيها بأى مطعن ، هو ورقة صادرة من زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرو بالثمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الوارد بعقد البيع الذى تسلمه زيد قد دفعه عمرو له فعلا أو أنه كان ثمناً مؤجلا ، إلا أن جريان العادة الغالبة بأن المشترى يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلا . وإذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتما بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال صحة تسلم زيد لمبلغ الثمن ، ويجيز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبينة والقرائن (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٠ ص ٦٥٣ — قارن استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧) .
وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا محل للنعى على المحكمة أنها خالفت القانون فى تكييف العقد ، وأثبتت الصورية بين المتعاقدين بالقرائن ، إذ هى فى تكييفه قد اعتمدت على عقد التنازل عن حق المنفعة والتعهد بعدم التصرف فى العين طول حياة البائعة ، مما مفاده أنها اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بالقرائن التى ساقتها والتى من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا قدرت نفقة زوجة على زوجها بمبلغ معين (عشرين جنيهاً) بمقتضى محضر صلح حرر بينهما ، ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة فى شأن هذه النفقة أن الزوجة قبلت أن تقبض من زوجها مبلغ ستة جنيهات شهرياً ، وأنها كانت تقبض هذا المبلغ كل شهر حوالى خمس سنوات بمقتضى شيكات محولة لأمرها وإذنها ، وأنها لم تعترض بأى اعتراض خلال هذه المدة ، وإنما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ما تجمد من النفقة ، فإنها لا تكون اعتمدت على القرائن فحسب بل أيضاً على الشيكات التى وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، ممـا مفاده أن المحكمة اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بتلك القرائن (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦ ص ٢١) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم التمهيدى لم يفصل إلا فى جواز إثبات الشركة التى كان الطاعن يدعى وجودها استناداً إلى أن الإنذارات المتبادلة بينه وبين المطعون عليه تدل على وجود علاقة بينهما اعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز سماع البينة المتممة له ، ولم تقطع فى ماهية هذه العلاقة ، وكان الحكم القطعى قد فصل فى أمرها بعد مناقشته شهادة الشهود وتقديرها ، إذ نفى ما يدعيه الطاعن من وجود الشركة المزعومة بينه وبين المطعون عليه ، فإن الطعن فى هـذا الحكم الأخير استناداً إلى وجود تناقض بين أسبابه ومنطوقه فضلا عن مخالفته لقضاء الحكم التمهيدى — هذا الطعن يكون غير صحيح (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ =

أما أن تشير الورقة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارة سلبية فذلك يتحقق على أحد وجهين :

= رقم ٦٤ ص ٣٣٦) — وقضت كذلك بأنه لا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت من الخطابات الصادرة من مورثة الخصوم إلى مستأجر أطيان الروكية التى كانت تقوم بادارتها ، لا سيما الخطاب الذى تطالب فيه المستأجر المذكور بمبلغ سبق أن طالبته به فى خطاب سابق لحاجتها الشديدة إليه فى العمارة – لا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت منها مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال أن المال الذى أنفق فى شراء الأرض وبناء العمارة التى يدعى الطاعن أنها كانت مملوكة للمورثة إنما كان من مال الروكية ولحسابها . ومتى كانت المحكمة قد استكملت مبدأ الثبوت هذا بقرائن عديدة ساقتها ومن شأنها أن تؤدى إلى ما استخلصته منها ، فان حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٦ ص ٣٤٦) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقر وكيل الخصوم فى مذكرة تقدمت أثناء نظر الدعوى بوجود علاقة خطبة بين موكله وبين كريمة خصمه وأنه دفع لها مهراً ، فإن هذا الإقرار الذى تضمنته المذكرة التى تعتبر قانوناً كأنها صادرة منه ، وإن لم يثبت دعوى الخصم بملكيته للجهاز موضوع النزاع ، إلا أنه ينم عن صحة الادعاء ويجعله قريب الاحتمال ، فتكون المذكرة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بتكملة الإثبات بالبينة وقرائن الأحوال (استئناف مصر ٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفع أخ ضد أخيه دعوى بمطالبته بمصروفات دعوى كانت مرفوعة منه لصالحهما معاً وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما ، فأبرز المدعى عليه جملة خطابات صادرة من أخيه المدعى يفيد بعضها قيامه بدفع بعض هذه المصروفات والبعض الآخر بمطالبته بكالة رسوم استئناف وخلافه ، اعتبرت هذه الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من الدين (استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١١٩ ص ٢٢٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإيصال الذى يصدر من البائع يبين فيه اتفاق الطرفين على موقع العقار وعلى الثمن ، دون أن يذكر حدود العقار ومساحته ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على حصول البيع ، ويجوز إثبات الحدود والمساحة بالبينة والقرائن (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٩) . وقضت أيضاً بأن الكتاب المرسل من المؤجر إلى المستأجر يجعل له فيه حق شراء العين المؤجرة ، بشرط الاتفاق على شروط البيع فى ميعاد معين ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وقوع البيع شفوياً فى هذا الميعاد بثمن يدفع عند توقيع العقد (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأن الورقة التى تثبت بيعاً يختلف كل الاختلاف عن البيع المدعى به لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا البيع ، لا سيما أنه لا يمكن إثبات ما يخالف البيع المكتوب بالبينة أو بالقرائن (استئناف مختلط ١١ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨) .

انظر أيضاً : الموجز للمؤلف ص ٧١٢ هامش رقم ١ فى الأحكام المشار إليها — بودرى وبارد ٤ ص ٢٨٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٣ .

ا) إما بأن تثبت الورقة واقعة هي عكس الواقعة المراد إثباتها تماماً ، ثم يتبين بعد ذلك تزوير الورقة ، فتنتفى هذه الواقعة العكسية وتصبح الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . مثل ذلك أن يطالب الدائن مدينه بالدين وليس مع الدائن سند مكتوب، فيبرز المدين مخالصة مزورة ، فتكون هذه المخالصة بعد أن ثبت تزويرها مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الدين (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يثبت أن تاريخ الورقة مزور وأن التاريخ الصحيح هو ما قرره من ادعى التزوير ، فان ذلك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صحة ما يذهب إليه مدعى التزوير ، إذ أن عكسه قد ثبت تزويره ، فأصبح ما يذهب إليه قريب الاحتمال (٢) .

ب) وإما أن تكون الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها فى الأصل أن تثبت واقعة متنازعاً عليها ، فاذا هى لم تثبتها كان فى ذلك إشارة سلبية إلى أن هذه الواقعة غير صحيحة . مثل ذلك أن تجرد تركة المدين الميت بحضور دائنه ولم يذكر الدين فى محضر الجرد ، فخلو المحضر من ذكر هذا الدين مع حضور الدائن وقت الجرد قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الوفاء، إذ لو كان الدين لا يزال فى ذمة المدين لما خلا منه محضر الجرد (٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يتمسك المدين بأن الدائن أبرأه من الدين ، ويحتج بأن ورثة الدائن بعد موته ، وهم يعلمون بالدين وحقيقة الإبراء منه ، قد اقتسموا التركة ولم يذكروا شيئاً فى عقد القسمة عن هذا الدين ، فيعتبر عدم التنويه عنه فى عقد القسمة مبدأ ثبوت بالكتابة على صحة الإبراء (٤) .

---

(١) الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ١ ص ٤٧٣ .

(٢) نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١ — كذلك قيام تعارض بين ورقة عرفية وورقة رسمية يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٣) .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٧١٣ .

(٤) نقض فرنسى ١٨ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤—١—٢٩٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ١ ص ٤٧٢ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه متى كان الحكم الابتدائى قد قضى بالزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيعها من مورث المطعون عليهم ، وكان الطاعن قد تمسك فى دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفى ثمن هذه الأطيان للمورث المذكور ، مستنداً إلى محضرى صلح موقع =

وسواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية ، فقد قدمنا أنه يجب لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول ، لا محتملة فحسب . فالاتفاق المكتوب ما بين شخصين على جواز إثبات العقود المبرمة بينهما بالبينة لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات عقد أبرم بعد هذا الاتفاق ، إذ أن هذا الاتفاق المكتوب ليس من شأنه أن يجعل العقد المدعى به مرجح الحصول ، ولا يزيد على أن يجعله محتملا (١) .

٢٢٦ — ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد اثباتها ثم هي لا تشير الى هذه الواقعة : ويبدو لأول وهلة أن مثل هذه الورقة لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يبعد أن يكون من شأنها أن تجعل واقعة لا تشير إليها بتاتاً — لا إيجاباً ولا سلباً — مرجحة الحصول . ولكن يقع مع ذلك ، في بعض الأحوال الاستثنائية ، أن مثل هذه الورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ، ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . فينتقل الإثبات بذلك من محل إلى آخر ،

= عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأطيان لم ينص فيهما على مديونيته للمورث بأي التزام ، لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلا عنه ، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يجعلان دفاعه بعدم مديونيته في ثمن الأطيان قريب الاحتمال ، وطلب إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع ، فان الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الطلب يكون قد عاره قصور مبطل له بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢١ ص ٨٤٨) — وقضت محكمة إستئناف مصر بأنه إذا لم تذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم دينا من الديون ، فان هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من هذا الدين (استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩ ص ١٩٥) .

(١) محكمة كان الاستئنافية (فرنسا) ٣٠ أبريل سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ — ٢ — ٣٦ — داللوز براتيك ٩ لفظ إثبات (Preuve) فقرة ١٢١٠ — وقد قضت محكمة النقض بمصر بأنه ليس لمن يدعى صورية الشركة التي بين شخص وآخرين أن يتخذ هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التي يدعى قيامها بينه هو وبين هذا الشخص ، لأن تلك الصورية ليس من شأنها — حتى لو صحت — أن تجعل الشركة التي يدعيها قريبة الاحتمال (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣١ ص ٦١٤) .

وهذا ما عرفناه بتبدل محل الإثبات أو تحوله (déplacement de preuve) . ويتحقق ذلك فى الأمثلة الآتية :

١ — رفع شخص على آخر دعوى الدين ، فقدم المدعى عليه ورقة تفيد أن المدعى مدين له بعد تاريخ استحقاق الدين المدعى به . فهذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المدعى به . ذلك أن المدين لا يبدأ فى العادة أن يكون دائناً لدائنه إلا بعد أن يوفيه الدين الذى عليه . فالورقة تثبت واقعة مديونية الدائن للمدين . والواقعة المراد إثباتها هى وفاء المدين الدين لدائنه . وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال[١] .

٢ — إذا قرر الدائن المرتهن شطب الرهن ، فان هذا التقرير يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المضمون بالرهن . ذلك أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بشطب الرهن قبل أن يستوفى حقه . وتقرير الدائن لشطب الرهن ورقة تثبت رضاء الدائن بهذا الشطب . والواقعة المراد إثباتها هى وفاء الدين المضمون بالرهن. وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال .

٣ — قضت دائرة النقض الجنائية[٢] بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكرى من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فان هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ . ذلك أن شهادة المعافاة المزورة تثبت أن قيمة البدل العسكرى

---

(١) جرجا ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥ . وقد رأينا أن محكمة النقض قد قضت بأن الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها تستجديه فيها وتشكر له إحسانه عليها دليل كتابى كاف فى نفى وجود قرض حقيقى (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) .

ويقرب من هذا ، قبل التقنين المدنى الجديد ، الإيصال بالقسط الأخير من الإيجار ، فقد كان يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة على دفع الأقساط السابقة ، لأن المؤجر لا يعطى عادة مخالصة عن القسط الأخير إلا بعد أن يكون قد استوفى الأقساط السابقة ، فواقعة دفع القسط الأخير التى يثبتها الإيصال تجعل واقعة دفع الأقساط السابقة قريبة الاحتمال (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . ولكن التقنين الجديد (م ٥٨٧) جعل الوفاء بالقسط الأخير قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة ، وهى قرينة تقبل إثبات العكس .

(٢) ٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤ .

لم يسدد لخزانة الحكومة . وهذه الواقعة تجعل واقعة تسلم الضابط للبدل وتبديده إياه قريبة الاحتمال [1] .

---

(١) أراد المتهم أن يخفى اختلاسه لمبلغ عشرين جنيهاً سلمه إليه أحد المقترعين قيمة البدل العسكرى ، فزور شهادة معافاة من الخدمة العسكرية لهذا المقترع . وقد قضت المحكمة بأنه يجوز إثبات دفع المبلغ للمتهم بالبينة ، لأن شهادة المعافاة المزورة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ضده .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم ، وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ، فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً ، وإنما هو ثمن حصة فى (ماكينة) اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر فى تاريخ تحرير السند ، وكان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون عليهم تكملة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحررة مع السند موضوع الدعوى فى مجلس واحد ، علاوة على اتحادهما فى خط الكاتب لها والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به ، كما أنه يستبعد أن يشترى المطعون عليهم حصة الطاعن فى الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا فى نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند ، إذ قرر الحكم ذلك فانه لا يخالف القانون (نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٧ ص ٥٧٠) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا ذكر فى عقد بيع عقار أن البائع يملكه بناء على عقد آخر تاريخه كذا صادر من زيد من الناس ، وكان على العقار حقوق ارتفاق أو قيود للملك مبينة فى هذا العقد ، عد هذا الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات علم المشترى بوجود حقوق الارتفاق المذكورة فى عقد شراء بائعه ، وحينئذ يسوغ للمحكمة قبول الإثبات بالقرائن ، ويمكنها بما لها من السلطة المطلقة فى هذه الحالة أن توجه اليمين المتممة للمشترى بأنه لم يطلع على عقد شراء بائعه المذكور فى عقده ولا علم له بحقوق الارتفاق والقيود الموجودة فى العقد الأول (استئناف أهلى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٣٧ — قارن : استئناف أهلى ٨ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٦) — وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت امرأة دعوى ضد شخص تطالب بمبالغ بدعوى أنه اقترضها منها ، وظهر من مجموعة المراسلات المتبادلة بينهما وبينه فى وقت معاصر لتاريخ تحرير السندات أو لاحق أن هناك ما يحمل على الظن بوجود علاقات غير شريفة بينهما حررت من أجلها السندات ، وبأن الدائنة كانت تعيش هى وابنتها فى كنف المدين الذى كان يعطيهما من وقت لآخر ما تجود به نفسه ، حتى أنهما كانا يستجديانه جنيهاً واحداً فى بعض الأحوال ، مما يدل على أنها كانت فى حالة فقر لا تسمح لها بأن تقرضه نحو ثلثمائة جنيه ، كان هذا قاطعاً فى نفى وجود علاقة قرض حقيقى ، وتكون السندات خالية من السبب القانونى وباطلة (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كفل شخص مفلساً فى الصلح الذى عقده مع دائنيه ، ثم فتح له حساباً جارياً كما تفتح الحسابات الجارية ما بين بيتين من بيوت التجارة مستقلين تمام الاستقلال كل منهما عن الآخر ، فإن فتح هذا الحساب يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجوز =

المطلب الثانى

قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

٢٢٧ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : »

« ا) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى » .

«ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه »[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢١٥/٢٨٠و٢١٨/٢٨٣[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ٥٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٩١ ، وفى تقنين أصول المحاكمات

= استكماله بالبينة والقرائن ، على أنه – خلافاً لما جاء فى شروط الصلح من أن المفلس قد نزل لكفيله عما له من الحقوق — قد تم اتفاق بينهما على ترك المفلس على رأس عمله يباشر تجارته (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة : (ا) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه (ج) إذا طعن فى العقد بأن له سبباً غير مشروع » . وفى لجنة المراجعة أضيفت عبارة «فيما كان يجب إثباته بالكتابة» فى صدر المادة لتجعل المعنى أدق ، ونقل البند (ج) : «إذا طعن فى العقد بأن له سبباً غير مشروع » إلى مكان آخر (السبب غير المشروع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) . وأصبح النص هو المادة ٤١٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٣ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٠ و ص ٤١٤ — ص ٤١٥) .

(٢) كانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « فى جميع المواد ما عدا التجارية إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديوانى أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال » . وكانت المادة ٢١٨/٢٨٣ تنص على ما يأتى : « وكذلك يجوز الإثبات بما ذكر إذا وجد دليل قطعى على ضياع السند بسبب قهرى » . ونرى من ذلك أن الحكم واحد فى المسألتين فى التقنينين الجديد والقديم .

المدنية اللبنانى المادة ٢٤٢ ، وفى التقنين الليبى المادة ٣٩١ [1] .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٤٨ [2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٧ : يجوز الإثبات بالشهادة فى الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة : (أ) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى — يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً فى العقد . يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشى إلى الدرجة الثالثة أوما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر . (ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه . (ج) إذا طعن فى العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، غير أن قانون البينات السورى حدد بعض أحوال المانع المادى والمانع الأدبى ، وأضاف النص على جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن فى حالة الاحتيال على القانون ، وقد تقدم بيان حكمها) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٩١ : يجوز أيضاً الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : (أ) إذا وجد مانع مادى يحول دون الحصول على دليل كتابى . ويعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من لايستطيع كتابة السند . (ب) إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشى إلى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر . (ج) إذا فقد الدائن مستنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه . (والأحكام تكاد تكون واحدة فى التقنين العراقى والتقنين المصرى ، غير أن التقنين العراقى حدد أحد الموانع المادية ، وحصر الموانع الأدبية فى الزوجية والقرابة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية . . . (٤) إذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية . ويكتفى بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهى تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع فى بعض المهن ، أو علاقات القربى بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية (٥) إذا أثبت الدائن فقدان السند بطارىء ما . (والأحكام واحدة فى التقنينين المصرى واللبنانى ، إلا أن التقنين اللبنانى حدد أهم أحوال المانع الأدبى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩١ : مطابق لنص التقنين المدنى المصرى .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٤٨ : ويستثنى من القاعدتين (ضرورة الدليل الكتابى) أيضاً جميع الحالات التى لم يكن الدائن يستطيع فيها الحصول على دليل كتابى للالتزام المعقود له . وهذا الاستثناء الثانى يسرى : (١) على الالتزامات التى تنشأ من شبه عقد أو من جريمة أو من شبه جريمة . (٢) على الودائع الاضطرارية التى تقع فى حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق ، وفى الودائع الاضطرارية للنزلاء فى الفنادق التى ينزلون فيها ، وهذا كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع . (٣) فى الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة . (٤) فى حالة ما إذا فقد الدائن السند الذى كان يستخدمه دليلا كتابياً بسبب حادث فجائى لم يكن منظوراً وترتب على قوة قاهرة .

=

ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى أنه جمع بين حالتين تتميز إحداهما عن الأخرى ، وإن كانتا تشتركان من ناحية قيام المانع فى كل منهما :

(١) حالة قيام المانع من الحصول على الكتابة .

(٢) حالة قيام المانع من تقديم الكتابة بعد الحصول عليها ، وذلك لفقدها بسبب أجنبى .

§ ١ — قيام المانع من الحصول على الكتابة

٢٢٨ — المانع المادى والمانع الادبى : إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانونى كان الواجب إثباته بالدليل الكتابى ، فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة ، والسماح بالبينة والقرائن تحل محل الكتابة فى إثبات هذا التصرف . والمانع ، وفقاً لنص المادة ٤٠٣ (بند ١) إما أن يكون مانعاً مادياً أو مانعاً أدبياً .

وفى الحالتين — قيام المانع المادى أو قيام المانع الأدبى — يجوز الإثبات بالبينة والقرائن : (١) فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . (٣) فى كل عقد يتطلب القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تزد قيمته على عشرة جنيهات ، كالصلح والكفالة . أما العقد الشكلى الذى لا ينعقد إلا بورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمى ، فلا يثبت ، بل لا يوجد ، بغير هذه الورقة الرسمية . وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى مبدأ الثبوت بالكتابة .

= Art. 1348 : Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique : 1° Aux obligations qui naissent des quasi - contrats et des délits ou quasi-délits. — 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. — 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. — 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

والبينة والقرائن ، فى الصور الثلاث المتقدم ذكرها ، لا تكمل الدليل الكتابى – كما كان الأمر فى مبدأ الثبوت بالكتابة – بل تحل محل هذا الدليل لقيام الضرورة[١] .

والمانع ، مادياً كان أو أدبياً ، واقعة مادية يكلف باثباتها الخصم الذى يدعيها ، وله أن يثبتها بالبينة والقرائن . فيجب إذن على الخصم أن يثبت أولا قيام المانع ، ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانونى المدعى ، ويثبت هذا وذاك بجميع الطرق[٢] .

وأياً كان المانع ، مادياً أو أدبياً ، فان تقديره موكول إلى قاضى الموضوع . وهو لا يخضع فى ذلك إلى رقابة محكمة النقض ، مادام يورد فى أسباب حكمه الواقعة التى اعتبرها مانعاً ، ويبين لماذا أضفى عليها هذا الاعتبار . فان أتى فى ذلك بما هو مستساغ معقول ، حمل تكييفه على الصحة ، وإلا صار ما اعتبره من ذلك كأنه منتزع من غير دليل[٣] .

ونستعرض الآن كلا من المانعين : المانع المادى والمانع الأدبى .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والبينة فى هذه الأحوال لا تكمل الدليل الكتابى ، بل تحل محله بعد أن فقد واستحال تحصيله . والواقع أن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابى ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل . ويراعى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمى إلى استبدال البينة بالدليل الكتابى ، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطاً يترتب على تخلفه بطلان التصرف ، بل يطبق فى الأحوال الخاصة التى يتطلب فيها القانون الدليل الكتابى للاثبات ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١) .

(٢) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠ – ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٩٣ – ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٥٠ – ٦ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٤ ص ٦٩٧ – استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كان القاضى هو المرجع فى تقدير الظروف المانعة ، إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسبيب الاستحالة المادية . أما الاستحالة المعنوية التى تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية ، وهى تعقد بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر فى تقدير هذه الاستحالة ، مع ما ينطوى فى هذا التقدير من دقة ، هو القاضى ، ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣) .

١ — المانع المادى

٢٢٩ — أمثلة على المانع المادى : لم يورد التقنين المدنى الجديد ، ولا التقنين المدنى السابق ، أمثلة على المانع ، مادياً كان أو أدبياً ، كما فعلت بعض التقنينات الأخرى . ونورد هنا بعض ما أوردته هذه التقنينات ، وما أخذ به القضاء والفقه من حالات المانع المادى .

فقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨) على بعض هذه الحالات على سبيل التمثيل . فذكر : (١) الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة . (٢) الوديعة الاضطرارية التى تقع فى حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق ، وكذلك وديعة النزيل فى الفندق ، وذلك كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع . (٣) الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة .

ونص قانون البينات السورى (م ٥٧) على حالتين : (١) ألا يوجد من يستطيع كتابة السند (٢) أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً فى العقد .

ونص التقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) على حالة واحدة هى ألا يوجد من يستطيع كتابة السند .

ويضيف الفقه والقضاء حالات أخرى . منها عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ومنها الاحتيال على القانون ، والسبب غير المشروع . ومنها الصورية بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين . ومنها ما جرت العادة أن يعتبر الحصول على دليل كتابى فيه متعذراً .

وننبه بادىء ذى بدء إلى أن هذا كله لم يذكر على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فيجوز أن توجد إلى جانب هذه الحالات حالات أخرى يقوم فيها المانع المادى من الحصول على دليل كتابى ، بل قد تجد حالات لم تكن موجودة من قبل .

ونقتصر هنا على تنسيق الأمثلة التى قدمناها وترتيبها ، حتى تتحدد من وراء ذلك فكرة المانع المادى .

ويمكن تقسيم ما قدمناه من الحالات إلى طوائف ست : (١) الالتزامات التى تنشأ من مصدر غير عقدى ، وعيوب الإرادة . والذى يجمع بين هذه الحالات أنها جميعها فى الواقع من الأمر ليست تصرفات قانونية ، بل هى وقائع مادية ، فهى ليست استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى . (٢) أن يكون طالب الإثبات غير طرف فى التصرف القانونى وما يتصل بذلك من الصورية . (٣) الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع . (٤) الودائع الاضطرارية ، ويلحق بها ، بالنسبة إلى البلاد التى لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً ، ألا يوجد من يستطيع كتابة السند . (٥) الأحداث غير المنظورة بوجه عام . (٦) ما جرت به العادة .

٢٣٠ — الالتزامات غير العقدية وعيوب الإرادة : يذكر التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨) بين حالات المانع المادى مصادر الالتزامات غير العقدية ، ويعددها على الوجه الذى اختاره فى ترتيب هذه المصادر : شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ونلاحظ فى هذا الصدد أمرين : (أولا) لو فرضنا جدلا أن مصادر الالتزام غير العقدى تصرفات قانونية ، فان المانع هنا من الكتابة ليس مانعاً خاصاً فى حالة بالذات ، بل هو مانع عام فى جميع هذه الحالات دون تمييز ما بين حالة وحالة . وعندنا أن المقصود بقيام المانع أن يكون هذا المانع ذاتياً يقوم فى حالة بالذات ، لا أن يكون مانعاً موضوعياً يقوم بالنسبة إلى طائفة من الحالات فى جميع أفرادها [١]. (ثانياً) وقبل ذلك ، يجب أن يلاحظ أن المصادر غير العقدية للالتزام ليست تصرفات قانونية إطلاقاً بل هى وقائع مادية . وقد رأينا أن الدليل الكتابى إنما وضع للتصرفات القانونية دون الوقائع

---

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ — ومما يؤيد النظر الذى نذهب إليه ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة ، فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الإثبات بالبينة . وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية . ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية ، وهى التى تنفرد بوجوب استعمال =

المادية ، أما هذه فالأصل فيها أن يكون إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن والمعاينة كما قدمنا . فلم يكن التقنين المدنى الفرنسى فى أية حاجة إلى استثناء المصادر غير العقدية من قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابى ، فهى فى الأصل لم تدخل فى هذه القاعدة حتى تستثنى منها . وقد أخطأ التقنين الفرنسى فى إيراد هذا الاستثناء الظاهرى ، وأحسن التقنين المصرى فى تجنب متابعته فى هذا الخطأ (١) .

وإذا رتبنا مصادر الالتزام غير العقدية الترتيب الحديث ، وقلنا إنها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، وجدنا أن العمل غير المشروع يكون دائماً عملا مادياً له أركان ثلاثة ، هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وكل ركن من هذه يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن . على أن هناك أعمالا غير مشروعة تقوم على أساس عقود مدنية ، كجريمة التبديد فهذه يجب فى إثباتها إثبات العقد المدنى الذى تقوم عليه ، ولا بد فى إثبات العقد المدنى من مراعاة

= الكتابة فى إثباتها . ويتفرع على هذا ما يأتى : (ا) أن استحالة الحصول على دليل كتابى فى هذه الحالة ليست مطلقة ، بل هى نسبية عارضة . (ب) أن الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع خلافاً لما نصت عليه المادة ١٩٤٠ من التقنين الهولندى ، بل ترجع على وجه الأفراد إلى الظروف الخاصة التى انعقد فيها التصرف . (ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التى يمتنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابى . وقد أخطأ التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى (م ١٣٤٨) فى إيراد « الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح » فى معرض التمثيل للاستحالة النسبية التى تحول دون الحصول على دليل كتابى . لأن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح تدخل فى عداد الوقائع القانونية التى لا يسرى بشأنها تقييد الإثبات بالبينة ، بل البينة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام ، شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التدليس والغش والصورية والربا .. وقد أحسن التقنين المصرى (م ٢١٥/٢٨٠) والمشروع الفرنسى الإيطالى بإغفال الأمثلة التى تضمنتها التقنينات المختلفة فى هذا الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١ — ص ٤١٢) — انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٠ .

(١) وتقول الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد فى هذا المعنى : « تذكر المادة ١٣٤٨ من التقنين المدنى ، كأول تطبيق ، الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ولكن لا يوجد هنا إلا وقائع لا تسرى فى شأنها القواعد الخاصة بتقييد الإثبات بالبينة ، إذ المطلوب إثباته إنما هو واقعة مادية . فالاستثناء إذن ليس إلا استثناء ظاهرياً محضاً ، وهو خطأ حقيقى فى الصياغة » (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٥ ص ٩٩٦) — قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ — ص ٣٧٠ .

قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات القانونيـة . فلا يجوز إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة أو القرائن ، سواء فى ذلك كانت المحكمة محكمة مدنية أو محكمة جنائية ، وقد مر ذكر ذلك [1] .

أما فيما يتعلق بالإثراء بلا سبب ، فالوفاء بغـير المستحق يكون عادة تصرفاً قانونياً ، لا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن إذا زاد المبلغ الموفى به على عشرة جنيهات[2]. والفضالة ، بالنسبة إلى رب العمل ، هى واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن . ولكن الفضولى قد يبرم ، فيما يأتيه من أعمال الفضالة ، تصرفاً قانونياً مع الغير ، ففيما بينه وبين هذا الغير لا يثبت هذا التصرف إلا وفقاً لقواعد الإثبات فى التصرفات القانونية . وهذا التصرف نفسه يعتبر ، بالنسبة إلى رب العمل ، واقعـة مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق . وأعمـال الإثراء بلا سبب الأخرى تكون غالباً أعمالا مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ، كالبناء والغراس ، ولـكن يقع فى بعض الأحوال أن تكون تصرفات قانونيـة كمن يوفى دين غيره ويرجع على المدين ، ففى هذا الرجوع تراعى قواعد الإثبات فى التصرفات القانونية [3] .

أما الوقائع المادية التى ينص القانون على أنها تنشىء التزامات ، فان إثبـاتها جائز بجميع الطرق . على أنه يلاحظ أن القرابة لها فى الغالب طرق إثبات خاصة ، وأن الجوار يثبت عادة بالمعاينة .

ثم يذكر الفقه ، فيما يجوز إثباته بالبينة والقرائن لقيام المانع المادى ، عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ولـكن هذه أيضاً وقائع مادية ، لا معنى لاستثنائها من قاعدة لا تسرى إلا على التصرفات القانونية . صحيح أن هذه العيوب تلتصق بالإرادة ، أى بالتصرف القانونى ، ولـكن التصرف القـانونى فى ذاته يثبت وفقاً للقواعد العامة ، ومن يدعى وجوده عليه أن يثبته ، فاذا ثبت وجوده كان على من يدعى أن التصرف شابه عيب من هذه العيوب أن يثبت ذلك ، ويجوز له أن يثبت هذا العيب بالبينة والقرائن لأنه واقعة مادية كما قدمنا [4] .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٨ – ص ٣٧٠ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٦٣٨ وهامش رقم ٦ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٢ – ص ٣٧٣ وهامش رقم ١٨ وهامش رقم ١٩ .

٢٣١ — طالب الاثبات ليس طرفا فى التصرف القانونى : فاذا استبعدنا ما قدمناه من الوقائع المادية ، واقتصرنا على التصرفات القانونية ، وجب أن نقصر دائرة تطبيق الدليل الكتابى على العلاقة فيما بين طرفى التصرف . فالدليل الكتابى غير مطلوب إلا فى هذا النطاق . أما الغير الذى لم يكن طرفاً فى التصرف ، فله أن يثبته ، إذا دعته مصلحة مشروعة إلى هذا الإثبات ، بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن . وليس ذلك راجعاً ، فى نظرنا ، إلى قيام مانع مادى حال دون حصول الغير على الكتابة المثبتة للتصرف . لاشك فى أن هذا المانع المادى موجود ، ولكنه مانع عام يوجد فى كل حالة يكون طالب الإثبات فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف القانونى ، وقد قدمنا أن المانع يجب أن يكون خاصاً بوجد فى حالة بالذات . والعلة ، فى نظرنا ، فى أن نبيح للغير أن يثبت تصرفاً قانونياً ليس طرفاً فيه بجميع الطرق ، هى أن هذا التصرف بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، والواقعة المادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

وقد رأينا أن الشفيع يستطيع إثبات البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة بجميع الطرق ، لأنه من الغير ، فيعتبر البيع بالنسبة إليه واقعة مادية . ورأينا فى الفضالة أن الفضولى فى أعمال فضالته قد يبرم تصرفاً قانونياً مع الغير ، فلرب العمل ، إذا اقتضى الأمر ، أن يثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، لأنه لم يكن طرفاً فى هذا التصرف ، فيعتبر التصرف بالنسبة إليه واقعة مادية . وقد يتعاقد صاحب المصنع مع أحد الفنيين ، فيأتى مصنع منافس ويستخدم هذا الفنى قبل انتهاء خدمته فى المصنع الأول ، فاذا رجع صاحب المصنع الأول على صاحب المصنع الآخر بتعويض ، وطولب أن يثبت عقد استخدام المصنع الآخر لهذا الفنى ، كان له أن يثبت هذا العقد بجميع الطرق ، لأنه ليس طرفاً فيه ، فيعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والحاجز على مال مدينه قد يضطر إلى إثبات ملكية المدين للمال المحجوز عليه بمقتضى تصرف قانونى لم يكن طرفاً فيه ، فيثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، إذ هو بالنسبة إليه واقعة مادية . ويمكن القول إذن بوجه عام أن كل شخص لم يكن طرفاً فى تصرف قانونى ، وكانت له مصلحة فى إثبات هذا التصرف ، يجوز له الإثبات بجميع الطرق ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية (١).

---

(١) انظر أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٣ — ص ٣٧٥ .

كذلك يستطيع الغير ، فى تصرف قانونى مكتوب ، أن يثبت بجميع الطرق ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والمثل البارز لذلك هو الصورية . فالعقد الصورى ، فيما بين المتعاقدين ، تصرف قانونى لا يجوز إثبات ما يخالفه – أى إثبات الصورية – إذا كان العقد مكتوباً ، إلا بالكتابة (١) . أما بالنسبة إلى الغير ، فيجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق ، لأن العقد الصورى بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

٢٣٢ – الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع : فاذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين طرفى التصرف القانونى ، أمكن أيضاً أن نتصور جواز أن يثبت أحد الطرفين التصرف القانونى بجميع الطرق ، لا لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية فهو تصرف قانونى بالنسبة إلى كل من الطرفين ، بل لأن هناك سبباً غير مشروع ، كربا فاحش أو مقامرة ، يراد إخفاؤه احتيالا على القانون . وقد قدمنا أن الاحتيال على القانون يبيح الإثبات بجميع الطرق ، فهو مبدأ عام يضاهى فى عمومه مبدأ قيام المانع ، ولا يتفرع عنه . ولذلك يجب ألا نخلط مابين المبدأين . وقد سبق أن عالجنا مبدأ الاحتيال على القانون وكيف يجيز الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٣٣ – الودائع الاضطرارية وما يلحق بها : وننتقل الآن إلى النطاق الحقيقى لقيام المانع . فهو دائرة العلاقة بين طرفى التصرف القانونى فيما ليس فيه احتيال على القانون ، وذلك بعد أن استبعدنا من هذا النطاق الواقعة المادية فهى ليست بتصرف قانونى ، واستبعدنا الغير الذى يعتبر التصرف القانونى بالنسبة إليه واقعة مادية ، واستبعدنا الاحتيال على القانون وهو يبيح كمبدأ عام مستقل الإثبات بجميع الطرق . وننظر ، فى حدود هذا النطاق الحقيقى ، كيف يحول المانع المادى دون الحصول على الدليل الكتابى .

ونواجه أول مانواجه الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) وما يلحق بها . فهنا يقوم مانع مادى يتعذر معه الحصول على الكتابة لإثبات التصرف .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٨ ص ٩٩٨ .

فمن فوجىء بخطر الحريق أو النهب أو الاضطرابات أو التهدم أو الغرق أو نحو ذلك ، فبادر إلى إنقاذ متاعه من هذه الأخطار بايداعه عند الغير ، لايجد من الوقت ولا من الظروف التى أحاطت به متسعاً للحصول من المودع عنده على دليل كتابى بالوديعة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . وبحسبه أن وجد من يستودعه متاعه فى هذه الظروف الحرجة . فاذا زال الخطر وأراد استرداد متاعه ، وأنكر المودع عنده الوديعة ، كان على المودع أن يثبت أولا قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابى ، أى الخطر الذى كان يتهدده . وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ثم يجوز له بعد ذلك أن يثبت بالبينة والقرائن عقد الوديعة ذاته .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة النزيل فى الفندق لأمتعته . فقد شبه التقنين المدنى الفرنسى (م١٣٤٨وم ١٣٥٢) هذه الوديعة بالوديعة الاضطرارية ، من حيث قيام المانع المادى من الحصول على دليل كتابى . أما التقنين المدنى المصرى فقد سكت عن ذلك ، وترك المسألة للقواعد العامة . وقد نصت المادة ٧٢٧ من التقنين المدنى على أن « ١ - يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان . ٢ — غير أنهم لايكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم » . وظاهر من هذا النص أن مسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، تختلف عن مسئوليته التقصيرية . فهو مسئول مسئولية عقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، عن المحافظة على الأمتعة التى يأتى بها النزيل . وإثبات عقد الوديعة فى هذه الحالة يكون بجميع الطرق ، لقيام مانع مادى من الحصول على الكتابة . ونلاحظ منذ الآن أن المانع المادى أخذ هنا يتخفف من حدته ، فلم يعد مانعاً مادياً يجعل الحصول على الدليل الكتابى متعذراً كما كان الأمر فى الوديعة الاضطرارية ، بل هو مانع مادى يجعل الحصول على الدليل الكتابى غير مألوف ويتعارض مع ظروف الإيداع . وبقدر مايتخفف المانع

المادى هنا من حدته ، بقدر ما يفقد من صبغة الخصوص فيه ، ويقرب من أن يكون مانعاً عاماً لا يختص بحالة دون حالة، لولا أن وديعة نزيل الفندق هى ذاتها حالة متخصصة بين الودائع بوجه عام . وهنا أيضاً تتسع الثغرة فى قاعدة الدليل الكتابى لتترك مجالا غير ضيق للإثبات بالبينة . أما فيما يختص بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة فمسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الوديعة الذى يثبت بالبينة والقرائن ، لا تجاوز خمسين جنيهاً مصرياً . فان جاوز الضرر هذا المبلغ ، تحولت مسئولية صاحب الفندق إلى مسئولية تقصيرية ، أو بقيت عقدية على حسب الأحوال . وعلى النزيل أن يثبت أحد أمور ثلاثة : (١) عقد وديعة خاصة ، يتعهد بمقتضاه صاحب الفندق بالمحافظة على النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة وهو عارف قيمتها . وهذا العقد لا يجوز فى إثباته البينة أو القرائن لأن قيمته تزيد على عشرة جنيهات . (٢) خطأ من صاحب الفندق، هو أنه رفض دون مسوغ أن يتسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة عهدة فى ذمته . وهذا الخطأ واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . (٣) خطأ جسيما من صاحب الفندق أو من أحد تابعيه، أياً كان هذا الخطأ، ولكن لا يكفى أن يكون خطأ عادياً بل يجب أن يكون جسيما . وهذا الخطأ أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق[١] .

وينص كل من قانون البينات السورى (م ٥٧) والتقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) صراحة على أنه «يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند»[٢]. وهنا أيضا يزداد المانع المادى تخففاً من حدته . فيصبح للعرف والبيئة دخل فى تقديره . ففى البلاد التى لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً قد يتعذر فى بعض الأحوال العثور على شخص يستطيع كتابة السند الذى يراد إعداده كدليل كتابى على التصرف القانونى المعقود . فيقدر القاضى ظروف البيئة فى كل مسألة بالذات، ليرى إذا كان حقاً قد تعذر العثور على من يكتب السند ، فيقضى بقيام المانع المادى ويرخص فى الإثبات بالبينة . وطالب الإثبات بالبينة هو الذى يحمل

---

(١) أما إيداع الأمتعة عند عامل النقل لنقلها من مكان إلى آخر فلا يعد وديعة اضطرارية ، ويجب لإثباتها الكتابة فيما يزيد على النصاب إلا إذا كان عقد النقل تجارياً فيثبت بجميع الطرق (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٦) .

(٢) انظر الأستاذ حسين المؤمن جزء ٢ ص ٥٤٩ — ص ٥٥٠ .

عبء إثبات تعذر العثور على من يكتب السند فى الظروف التى انعقد فيها التصرف القانونى ، ويستطيع إثبات ذلك بالبينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . ونلاحظ أن المانع المادى هنا هو مانع خاص ذاتى ، لا مانع عام موضوعى . ولايعتد به إلا فى القوانين التى تنص عليه . فنى التقنين المصرى ، حيث لانص ، لا يكون هذا مانعاً يسوغ الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٣٤ — الأحداث غير المنظورة بوجه عام : وقد أضاف التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨ بند ٣) عبارة عمم بها ظروف الودائع الاضطرارية ، فأجاز الإثبات بالبينة « عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة » . ويجب أن تكون النازلة غير منظورة ، وأن تكون جسيمة بحيث تجعل التعاقد على الالتزام أمراً بلغ حداً من الاستعجال لا يتسع معه الوقت للحصول على سند كتابى . فالقرض الذى يعطى لإسعاف أحد الجنود فى جيش يتقهقر منهزماً[١] ، وإقراض شخص مالا طرأت الحاجة إليه وهو على وشك السفر ، أو وهو مصاب فى حادث لم يكن يتوقعه ، وإيداع السيارة فى مكان عام حيث لا يوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة[٢] ، وإصابة المودع بشلل فجائى اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابى[٣] ، وإيداع صندوق بداخله نقود أثناء قيام البوليس بالتفتيش[٤] ، كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن لقيام المانع المادى الذى يحول دون الحصول على سند كتابى . ويقدر القاضى كل حالة على حدتها ، ليرى هل هناك مانع مادى ، فالمانع إذن خاص ذاتى ، لا عام موضوعى .

٢٣٥ — ما جرت به العادة : وهنا يتخفف المانع المادى من حدته إلى حد قصى ، ويزداد اتساع الثغرة فى قاعدة الدليل الكتابى . إذ لا يكون المانع

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠١ .

(٣) دائرة النقض الجنائية ٦ يونية سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٤) أسيوط الكلية ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠ .

المادى راجعاً إلى التعذر أصلا ، بل إلى مجرد ما جرت به العادة وألفته الناس فى التعامل . وفى هذا خرق واسع تحدثه البينة فى نطاق الدليل الكتابى . ويزيد فى خطورة الأمر أن المانع يبدأ فى التحول من مانع ذاتى إلى مانع موضوعى ، لولا بقية من الذاتيـة هى التى تركت لتقدير القاضى لينظر فى كل حالة على حدة هل جرت العادة فى مثلها ألا يؤخذ سند كتابى .

وقد جرت العادة ألا يأخذ السيد من خادمه دليلا كتابيا على ما يعهد إليه به من مال أو متاع . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهى ألا يأخذوا دليلا كتابيا على ما يقدمون إلى عملائهم من خدمة ومأكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلا كتابيا على مايرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة فى الأسواق أن تجرى المبايعات بالشروط المألوفة دون كتابة ، فاذا خرجت الشروط عن نطاق المألوف دونت فى ورقة مكتوبة(١) .

ويختلط المانع المـادى هنا بالمانع الأدبى الذى سنراه فى عرف بعض المهن . ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجرى بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف ، وهذا هو المانع المادى ، وبين عادة خاصـة جرى عليها شخصان فى التعامل فيما بينهما ، مما يمكن اعتباره دليلا على وجود صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب ، وهذا هو المانع الأدبى (٢) . وفى رأينا أن المانع المادى والمانع الأدبى يتلاقيان عند العادة ، ويصعب هنا الفصل فيما بينهما فصلا دقيقاً . فالعادة من حيث إنها تضع قاعدة مألوفة للسلوك المتبع يتعذر معها الحصـول على دليل كتابى تـكون مانعاً مادياً ، ومن حيث إنها تتغلغل فى النفوس إلى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابى تكون مانعاً أدبياً .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٩٤ — بلانيـول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٠ ص١٠٠٢ — الأستاذ حسين المؤمن ٢ ص٥٦٦—ص٥٧٥ — وفى التبايع بالمواشى فى الأسواق والمواسم انظر الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ١ ص ٤٠٨ — ص ٤٠٩ .
انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤١٣ .

(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٣٦ ص ٤٣٨ .

ب – المانع الأدبى

٢٣٦ – تقدير المانع الأدبى موكول لقاضى الموضوع – اتساع الثغرة فى الدليل الكتابى : وقد يكون المانع أدبياً غير مادى . وتقدير ذلك – كما هو الأمر فى المانع المادى – موكول للقاضى . وتقديره موضوعى لا معقب عليه لمحكمة النقض(١) كما تقدم القول . ويميل القضاء إلى التوسع فى الموانع الأدبية ، فتتسع بذلك إلى حد بعيد الثغرة فى قاعدة الدليل الكتابى . ويساعد على ذلك أن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبى ، فيترك القاضى حراً فى تقدير كل حالة على حدتها ، فيحد من صرامة وجوب الحصول على سند مكتوب بعد هبوط قيمة العملة وصعود مستوى الأسعار(٢) .

وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية – وفقاً لأحكام القضاء – إلى أمور ثلاثة : (١) الزوجية والقرابة (٢) علاقة الخدمة (٣) العرف المتبع فى بعض المهن .

٢٣٧ – الزوجية والقرابة : كثيراً ما تقوم علاقة الزوجية أو القرابة مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابى الذى يتطلبه القانون . فاذا أثبت الخصم هذه العلاقة(٣)، وقرر القاضى، وفقاً لظروف كل حالة وملابساتها – ومن ثم يكون المانع الأدبى خاصاً ذاتياً لا عاماً موضوعياً – أنها علاقة كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابى ، أباح للخصم الإثبات بالبينة والقرائن بدلا من الكتابة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة قيام المانع الأدبى من أخذ الكتابة عند لزومها هى مسألة لقاضى الموضوع الفصل فيها (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة ، إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابتة كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى ، فان الذى قررته هو صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ هامش رقم ٧ .

(٣) وتثبت وفقاً لقواعدها الخاصة : الزوجية بعقد الزواج والقرابة بشهادة الميلاد ولكن الغالب أن هذه العلاقة يكون معترفاً بها ، فتثبت بالإقرار .

فعلاقة الزوجية قد تحول – وفقاً لظروف كل حالة – دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين ، أو لإثبات الوفاء بالدين ، أو لإثبات أى تصرف قانونى آخر (١) . وكعلاقة الزوجية علاقة المصاهرة ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن الموانع الأدبية التى تسمح بالإثبات بالبينة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضاً لا لشدة القرابة وحدها ، فاذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر ، وجهزت هى ابنتها ، وأقامت الإبنة وزوجها عندها ليسرها ، هذه الظروف كلهـا تمنع الزوج أدبيا منعاً قوياً من مطالبة أم زوجته بكتابة إذا أودعها مالا ما أثناء أقامته وزوجته عندها (٢) . وعلاقة الخطبة وحدها قد تكفى فى بعض الأحوال لقيام المانع الأدبى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العرف جرى بين المصريين ، وخصوصا المسلمين منهم ، على أنه بعد الاتفاق على الخطبة ودفع المهر وقبل إتمام الزفاف ، يشترى الجهاز ، فاذا سلم للخاطب ، ولم يتم الزواج ، وطولب به جاز إثبات الدعوى بالبينة ، إذ يوجد فى هذه الظروف مانع أدبى يحول دون الحصول على سند كتابى من الخاطب (٣) .

والعلاقة ما بين الولد وأبويه كثيراً ما تحول دون الحصول على الدليل الكتابى ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة اعتبار الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابى بين الزوجين هى مسألة موضوعية ، لمحكمة الموضوع وحدها السلطة فى تقديرها (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن رابطة الزوجية عائق أدبى (استئناف أهلى ١١ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٣٧١ — ولكنها قضت فى دعوى أخرى بأن كون الخصم زوجة عم خصمها وكانت تعتبره كابنها الوحيد وتقيم معه فى دار عمه لا يكفى فى قيام المانع الأدبى (استئناف مصر ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٧١ ص ١٢٦) .

(٣) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ — المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ — انظر أيضاً : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣ ص ٥٣ . ولكن محكمة استئناف مصر قضت كذلك بأن مجرد خطبة أحد المتقاضيين لإبنة الآخر ليست بالعلاقة التى تمنع من حصول كل منهما على الدليل الكتابى قبل الآخر (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٤ ص ٣٠٦) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الأبوة هى من الموانع الأدبية [١] . وكذلك علاقة الأخوة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه مما لا نزاع فيه أن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبيا ، والتقدير فى ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع ، فاذا رأت فى قضية ما ، لعلاقة الأخوة بين الطرفين ، ولاعتبارات شتى أوردتها فى حكمها ، توفر هذا المانع الأدبى المسوغ للإثبات بالبينة ، فلا معقب على ما رأته فى هذا الشأن [٢] . كذلك صلة القرابة بين المتهم وخالته تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على الكتابة [٣] . ودرجة القرابة التى تربط المتهم بعمته ، وقد سلمته سنداً مثبتاً لدين لها على ابنها ، تعتبر مانعاً أدبياً ، لأن الإيداع يدل فى ذاته على أن للمتهم عند عمته منزلة خاصة ، فتكليفها بأخذ إيصال عليه بهذا الإيداع تكليف يتنافر مع هذا الائتمان [٤] . وسواء كانت القرابة قريبة أو بعيدة ، فمحكمة الموضوع هى التى تقدر ، فى كل حالة بالذات ، متى تعتبر هذه القرابة مانعاً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حال الصلات العائلية فى ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقة ليست هى التى يترتب عليها بطريقة مطردة المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول على كتابة مثبتة للدين أو للتخالص منه ، بل قد يوجد ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة فى الظاهر ، تبعاً لطبيعة الصلات العادية بين الخصوم من محبة وإخلاص [٥] . وقضت محكمة النقض بأن اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الأدبية التى تحول دون الحصول على دليل كتابى هو من الأمور الواقعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض [٦] .

---

(١) استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٤ ص ١٩٧ . انظر أيضاً : ملوى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٢ .

(٢) نقض جنائى ٣ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٧ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة البنوة والأخوة يجوز معها أن يثبت بالبينة أن بعض الخصوم إذن لبعض فى إجراء عقد بدل مع آخرين (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١ ص ٩٣) .

(٣) نقض جنائى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٠٨ .

(٤) طنطا الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٦ ص ٩٨ .

(٥) استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ .

(٦) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ =

وقد تقوم صلات أخرى – غير صلات الزوجية والقربى – تكون مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة . من ذلك صلة الجوار[١] ، وصلة الوكالة غير المأجورة [٢] . بل إن مجرد العادة [٣] ، أو مركز الشخص الاجتماعى[٤] ، قد يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند مكتوب .

هذا وقد اختارت بعض التقنينات العربية أن تحدد متى تعتبر صلة القرابة والزوجية مانعاً أدبياً ، فحولت بذلك هذه الصلة من مانع خاص ذاتى إلى مانع عام موضوعى . من ذلك أن نص قانون البينات السورى (م ٥٧) على أنه « تعتبر مانعاً أدبياً القرابة ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشى إلى الدرجة الثالثة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر» .

= أنظر أيضاً : نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٥٣٦ – أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ ص ٣٩٦ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتمدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى الذى قرر بأن المبلغ المسلم للمدعى عليه هو أمانة اختلسها ، وأن سكوت المدعية على المدعى عليه وعدم إدراجها المبلغ بمحضر حصر التركة عند الحجر على المورث أو وفاته هو لأسباب بررت بها هذا السكوت ، وأنها أسباب تجوز على مثل المدعية لبساطتها ولصلة قرابتها بالمدعى عليه الذى كان قيما على مورثها ، فقول المحكمة الابتدائية هذا الذى اعتمدته محكمة الاستئناف يفيد أنه كانت هناك أسباب شخصية وأدبية مانعة للمدعية من أخذ كتابة عليه باستلامه المبلغ ومن أدراجها إياه فى محضرى الجرد اللذين حصل أحدهما بعد الحجر وثانيهما بعد الوفاة . ومسألة قيام المانع الأدبى من أخذ الكتابة عند لزومها هى مسألة لقاضى الموضوع القول الفصل فيها (نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) وقد قضت محكمة أسيوط الجزئية بأن العادات المبنية على كرم الطبع ، كاعارة الأوانى والحلى بين الجيران وإعارة المواشى وآلات الزراعة والدواب فى القرى ، موانع أدبية (١٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧١٩ ص ٩٤١) .

(٢) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا بدد الوكيل بلا أجر أشياء سلمها إليه الموكل ، وكانت قيمتها أزيد من عشرة جنيهات ، جاز للموكل أن يثبت تسليمها إليه بالبينة ، لأن مجانية الوكالة قد تكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابى (نقض جنائى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٥) .

(٣) وقد قضت محكمة المنصورة بأن الاعتياد على توريد أشياء منزلية يعتبر مانعاً أدبياً (١٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مركز الشخص الاجتماعى قد يكون مانعاً أدبياً لمحل صنع أثاث منزلى من الحصول على سند مكتوب (استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٤) .

ونص أيضاً تقنين أصول المحاكمات المدنيـة اللبنانى (م ٢٤٢) على أنه «يكتفى بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهى تنشـأ خصوصاً عن العرف المتبع فى بعض المهن ، أو علاقات القربى ما بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية» .
ونص أخيراً التقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) على جواز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة «إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع ، أو ما بين الحواشى إلى الدرجة الرابعة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر» [١] .

٢٣٨ — علاقة الخدمة : والعلاقة مابين المخدوم والخادم قد لاتسمح ، تبعاً للظروف ، بالحصـول على الدليل الكتابى . فخدمة المنازل لا يستطيعون عادة تقديم دليل كتابى على مقدار أجورهم وشروط خدمتهم[٢] ، ولا على ماقدموه لحساب المخدوم من مبالغ صرفوها فى الشؤون المنزلية[٣] . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الخادم بسيده وطول خدمته عنده يعتبر من الموانع الأدبية[٤] .

وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعامل قد لا تسمح هى أيضاً ، تبعاً للظروف ، بأن يكون هناك دليل كتابى . مثل ذلك العلاقة مابين صاحب المصنع وعامله[٥] ، والعلاقة ما بين رب العمل وكاتبه[٦] ، والعلاقة مابين والد التلميذ والمعلم[٧] ، والعلاقة ما بين خادم الفندق ومخدومه[٨] .

---

(١) انظر فى هـذه المسألة الأستاذ حسين المؤمن فى الإثبات جزء ٢ فى الشهادة ص ٥٥٥ وما بعدها .

(٢) نقض فرنسى ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ١١٥ ، وإذا ثبت مقدار أجر الخادم ، فلهذا أن يطالب بمجموع أجوره منذ دخوله فى خدمة سيده ، وللسيد أن يثبت بجميع الطرق أنه وفى له هذه الأجور (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠٠) .

(٣) محكمة باريس الاستئنافية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ — ٦٢ .

(٤) استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ .

(٥) نقض فرنسى ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز ١٩٣٨ — ١ — ١١٥ .

(٦) محكمة كان الفرنسية ٢٣ مارس ١٩١٤ مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩١٥ ص ٥١٤ .

(٧) نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ٤٦٠ .

(٨) نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه أول فبراير سنة ١٩٣٢ .

٢٣٩ — عرف بعض المهن : وتقضى الظروف فى بعض المهن ألا يكون هناك دليل كتابى على التعامل. ويتحقق ذلك بنوع خاص فى مهنة الطب ، فان الطبيب فى أكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابى من المريض بما اتفقا عليه من أجر للعلاج . بل قد لا يتفقان أصلا على الأجر ، ويطلب الطبيب أجره بعد ذلك وفقاً للعرف الجارى ، دون أن يطلب منه تقديم دليل كتابى فيما يزيد على عشرة جنيهات (١) .

وحائك الملابس لا يأخذ عادة ورقة مكتوبة من عميله ، فيجوز له إثبات حقه فى ذمة العميل بالبينة والقرائن ، حتى لو زادت القيمة على عشرة جنيهات . وله أن يستعين فى ذلك بدفاتره التجارية وفقاً لقواعد الإثبات الخاصة بهذه الدفاتر (٢) .

وقد أشرنا فيما قدمناه كيف يلتقى المانع المادى والمانع الأدبى فيما يقضى به العرف فى كثير من الأحوال من جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن .

§ ٢ — قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدها بسبب أجنبى

٢٤٠ — نطاق تطبيق القاعدة : رأينا ، فيما قدمناه ، قيام مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، فجاز الإثبات بالبينة والقرائن نزولا عند حكم الضرورة . أما هنا ، فقد حصل الدائن على الدليل الكتابى الذى يقضى به القانون ، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده لسبب أجنبى لا يد له فيه . فكان الضرورة فى هذه الحالة أكثر وضوحاً ، لأن الدليل الكتابى قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير من الدائن . لذلك يجوز عندئذ أن تحل

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ — نقض فرنسى ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ — ١ — ٥٠١ — ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ — ١ — ١٣٤ — بل إن الطبيب ليس فى حاجة إلى كتابة مذكرات منتظمة (carnet de visites régulièrement tenu) بزياراته لمرضاه (محكمة باريس الاستئنافية ٥ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨ .

البينة والقرائن محل الدليل الكتابى لإثبات :

(١) ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

(٢) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

(٣) أى عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنيهات كالصلح والكفالة .

(٤) أى عقد شكلى ، كالهبة والرهن الرسمى ، على التفصيل الذى سنورده فيما يلى . وفى هذا تختلف هذه القاعدة عن القاعدة السابقة ، فقد رأينا أن قيام المانع لايجيز إثبات العقد الشكلى بالبينة والقرائن(١) .

٢٤١ — أمور ثلاثة يجب اثباتها : ومن يدعى أنه حصل على سند مكتوب ثم فقده بسبب أجنبى ، عليه أن يثبت أموراً ثلاثة :

(١) أنه كان قد حصل فعلا على سند مكتوب . ويجوز أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية(٢) .

---

(١) ويجب أن يثبت المدعى أن السند المكتوب ، الذى كان موجوداً ثم فقد بسبب أجنبى ، هو سند كتابى كامل ، لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يسمح للمدعى أن يثبت سبق وجوده بالبينة أو بالقرائن . لكن إذا أقر الخصم بسبق وجوده كان للقاضى حرية التقدير لتعرف ما إذا كان السند المفقود تتوافر فيه أركان مبدأ الثبوت بالكتابة حتى يمكن تعزيزه بالبينة أو بالقرائن (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) .

(٢) وليس من الضرورى أن تكون الشهود قد رأت السند المكتوب وقرأته . ولكن لا يكفى من جهة أخرى أن تشهد الشهود بقيام التصرف القانونى المدعى به ، بل يجب أن تشهد بسبق وجود سند مكتوب صحيح يثبت هذا التصرف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٥).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء إقامته على المدعى مبدئياً . فمن واجبه ، فضلا عن إثبات الحادث الجبرى أو القوة القاهرة ، أن يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التى يتطلب القانون توافرها فيه إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية . فإذا تم ذلك للمدعى ، كان له أن يثبت ما يدعى بالبينة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤) .

ويطلب من المدعى ، كما قدمنا ، أن يثبت بجميع الطرق سبق وجود سند مكتوب ، وأن هذا السند كان مستوفياً لجميع الشروط القانونية ، وأنه كان يحمل توقيع الخصم . فلو اعترف الخصم بسبق وجود السند ، ولكنه أنكر توقيعه عليه ، سمح للمدعى أن يثبت صحة التوقيع بجميع الطرق (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) — ويجب أن يكون السند المفقود دليلا كتابياً كاملا . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يجوز إثبات فقده بالبينة أو بالقرائن ، ولكن يجوز إثبات ذلك بالإقرار أو اليمين كما مر القول (انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٥) .

(٢) وأن هذا السند قد فقد . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن[١] .

(٣) وأن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، كسرقة أو حريق أو نحو ذلك من الحوادث التي لم يكن يتوقعها[٢] . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز له إثباتها بالبينة والقرائن[٣] . ويلاحظ هنا أمران (أولها) أن السبب الأجنبي لا يتشدد فيه التشدد الذى رأيناه فى المسئولية ، فيكفى أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر فى المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي[٤] . و (الثانى) أن إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن فى الوقت ذاته إثبات فقد السند . فاذا أثبت

---

(١) وإذا ادعى المدعى أن السند كان مودعاً عند شخص آخر ، وجب عليه إثبات الوديعة ، إذا كانت قيمة السند تزيد على عشرة جنيهات ، بدليل كتابى (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) — أنظر أيضاً : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون لم يشر فى المادة ٢١٨ مدنى (٤٠٣ جديد) إلا إلى حالة ضياع السند بسبب قهرى كحصول حريق أو إتلاف ، إلا أنه مما يجب أن يعتبر فى حكم السبب القهرى حصول سرقة السند أو تبديده (استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦) . وقد يكون السند المكتوب قد ضاع من ملف القضية المرفوعة بهذا السند ، دون أن يكون ذلك بتقصير من صاحبه (محكمة باريس ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ دالloz الأسبوعى ١٩٣٩ ص ١١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة عن الحادث ، وعلى الأخص مما أدلى به المدعى عليه نفسه فيها ، أن السند كان موجوداً وسرق ، وأن ذمة المدعى عليه ما زالت مشغولة بالدين ، فذلك من شأنها وحدها . ولا يصح أن ينعى عليها أنها لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بعينه ، إذ الإثبات فى هذه الحالة يجوز بجميع الطرق (نقض مدنى ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٦ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابى ضاع بسبب قهرى ، مقيمة قضاءها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة فى ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدنى (٤٠٣ جديد) (نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) .

انظر أيضاً : نجع حمادى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٤ — ملوى ٩ يونيه سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٦ .

(٤) وقد جاء فى الموجز للمؤلف ما يأتى : « ويكفى فى وجود القوة القاهرة ألا يكون الحادث الذى ضاع فيه السند منسوباً إلى إهمال المدعى ، ولو كان هذا الحادث قد وقع بإهمال الغير ، لا قضاء وقدراً . أما إذا ضاع السند بإهمال المدعى ، بأن كان قد مزقه خطأ أو أهمل فى حفظه حتى ضاع أو سرق أو نحو ذلك مما يعتبر خطأ منسوباً إليه ، فلا يكون فى هذه الحالة معذوراً ، ولا يسمح له أن يثبت دعواه بالبينة أو بالقرائن (الموجز فقرة ٦٩٧ ص ٧٢٥) . انظر أيضاً : =

شخص مثلا أن حريقاً لا يد له فيه التهم منزله ، ولم يستطع انتشال أوراقه ومستنداته فاحترقت جميعها ، كان فى هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات لفقد السند المكتوب ما دام قد أثبت أن أوراقه قد احترقت جميعها[١].

فاذا استطاع الخصم إثبات هذه الأمور الثلاثة ـ وكلها يمكن إثباتها بجميع الطرق لأنها وقائع مادية كما رأينا ـ كان له بعد ذلك أن يثبت الحق الذى يدعيه بالبينة والقرائن ، حتى لو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وحتى لو خالف بهذا الإثبات أو جاوز ماهو ثابت بالكتابة[٢] .

٢٤٢ — التوسع فى القاعدة والتضييق منها : وقاعدة فقد السند بسبب أجنبي يوسع فيها تارة ، ويضيق منها تارة أخرى .

يوسع فيها ، فيجوز إثبات تصرف قانونى شكلى ، هبة أو رهن رسمى مثلا ، بالبينة والقرائن إذا ثبت أن هذا التصرف كان فى سند ثم فقد السند بسبب أجنبي . ولكن يجب هنا ، عند إثبات سبق وجود السند ، أن يثبت صاحب الشأن أيضاً أن هذا السند كان مستوفياً للشكل الذى يتطلبه القانون[٣]. وتختلف هذه القاعدة ،

= استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٧ — والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣ — ص ٤١٤ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٣ وهامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٩٩ — ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤٣ — ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧١ — ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٥١ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ .

(٣) وبفرض أن السند قد استوفى الشكل الذى يتطلبه القانون إذا كان المدين هو الذى أتلفه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٤ — ص ٣٨٥) — هذا والسند فى حالة التصرف الشكلى لا بد أن يكون سنداً رسمياً . فإذا فقد ، فان الصور الرسمية قد تقوم مقامه ، أو تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى حجية الصور الرسمية للسند الرسمى ، وفى هذه الحالة لا تكون فى حاجة إلى القاعدة التى نحن بصددها ، فان قبول البينة والقرائن جائز بدونها . أما إذا لم توجد صور رسمية أصلا ، أو وجدت ولكنها لا تصلح أن تكون على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فعندئذ يكون للخصم فائدة من التمسك بقاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبى ليتمكن من إثبات التصرف بالبينة والقرائن (انظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٣٢ ص ٤٢٧ هامش رقم ٢ — وفقرة ٢٤١) .

كما قدمنا ، عن قاعدة قيام المانع وقاعدة مبدأ الثبوت بالكتابة فى هذا الصدد . فقد رأينا أن العقد الشكلى لا يجوز إثباته بالبينة والقرائن ، حتى عند قيام مانع حال دون الحصول على الكتابة ، وحتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة . أما هنا — عند فقد السند بسبب أجنبي — فيجوز إثبات العقد الشكلى بالبينة والقرائن ، لأن السند مفرغاً فى الشكل الذى يتطلبه القانون قد وجد فعلا ، فاستكمل التصرف أركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بعد ذلك بسبب أجنبي ليس من شأنه أن يؤثر فى قيام التصرف . ومتى كانت الدعوى أن التصرف القانونى قد وجد فعلا مستوفياً لشكله القانونى ، فلا يوجد ما يمنع حينئذ من إثبات سبق هذا الوجود بالبينة والقرائن[١] .

ويضيق فى القاعدة من ناحية أخرى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز الاتفاق على عكسها ، مثلها فى ذلك مثل سائر قواعد الإثبات ، وأنه إذا اشترط رب العمل أن العامل لا يجوز له أن ينضم إلى صندوق المعاش إلا إذا أثبت أنه قضى مدة معينة فى خدمة رب العمل ، وأن هذا الإثبات لا يجوز أن يكون إلا من واقع دفتر العامل (livret de l'ouvrier) ، أو بمستخرج من سجلات رب العمل (extrait des livres du patron) ، فلا يسمح للعامل أن يثبت أنه قضى المدة المعينة فى الخدمة بطريق آخر غير هذين الطريقين ، حتى لو كان رب العمل لم يحتفظ بسجلاته وكان العامل قد فقد دفتره[٢] .

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٤ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ يولية سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥—١—٤٣٩—سيريه ٨٥—١—٣٧٤ . بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٢ — ويتحفظ بارتان فى التسليم بصحة هذا الحكم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٣ مكرر) .

وقد قضت محكمة النقض البلجيكية ، هى أيضاً ، بأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، وأنه يجوز الاتفاق على ما يخالف قاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبى ، كما لا يجوز التمسك بهذه القاعدة وغيرها من قواعد الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ باسيكريزى ١١٤٥—١—٧٦—٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسيكريزى ١٩٤٧—١—٢٩) .

الباب الثالث

الطرق المعفية من الاثبات

الاقرار واليمين والقرائن القانونية

٢٤٣ — *قوة مطلقة — حجية قاصرة وحجية متعدية* : قدمنا[١] أن الإقرار واليمين والقرائن القانونية تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته . فهى من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة .

وقدمنا أيضاً[٢] أن الإعفاء من الإثبات فى الإقرار وفى اليمين مقصور على الخصمين ، فحجية الإقرار واليمين غير متعدية إلى الغير ، ومن ثم تكون حجية قاصرة . أما حجية القرائن القانونية فغير مقصورة على الخصمين ، فهى حجية متعدية .

ونعالج هذه الطرق الثلاثة — الإقرار واليمين والقرائن القانونية — متعاقبات فى فصول ثلاثة .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦١ .

الفصل الأول

الاقرار

٢٤٤ — تعريف الاقرار بوجه عام : الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق فى ذمته أو لم يقصد(١) .

فلا يكون إقراراً إنشاء الشخص الحق فى ذمته بتصرف قانونى أو بواقعة قانونية ، كالمشترى يلتزم بدفع الثمن وكمن يرتكب عملا غير مشروع يلتزم بالتعويض ، ذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان إنشاء الحق بتصرف قانونى يحتاج فى إثبـاته إلى ورقة مكتوبة إذا كانت قيمة هذا الحق تزيد على عشرة جنيهات ، فهذه الورقة تكون دليل إثبات لا إقراراً ، لأنها أعدت من مبدأ الأمر لتثبت التصرف القانونى ، وتكون فى الغـالب معاصرة لنشوئه أو بعد ذلك بوقت قليل . أما إذا كتب المدين إقراراً على نفسه بذات الحق ، فانه لا ينشيء بذلك حقاً فى ذمته ، ولـكنه يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ(٢) . ويكتب المقر إقراره عادة بعد نشوء الحق الذى يقر به بوقت غير قصير ، مدفوعاً إلى ذلك باعتبـارات متنوعة . فقد يكتب الإقرار بعد نزاع ينتهى فى تسويته إلى هذا الإقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن صاحب الحق من ورثته أن يتقاضى حقه قبل قسمة التركة ، وقد يكتبه عندما يحس أن منيته قد دنت ليترك لصـاحب الحق إقراراً بحقه فيبرىء ذمته سواء كتب الإقرار فى مرض الموت أو قبل ذلك . أما إذا كان السند المثبت للحق قد ضاع أو قدم عليه العهد ، فـكتب المدين سنداً مؤيداً للسند الأصلى ، فهذا ليس إقراراً بل هو السند المؤيد الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المـكتوبة إذن قد تكون سنداً أصلياً ، أو سنداً مؤيداً للسند الأصلى ، أو إقراراً مكتوباً بالدين .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ — ص ٤٣٢ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٣ — دى باج ٣ ص ١٠٢٥ — ص ١٠٢٨ — وانظر : استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

ولا يكون إقراراً ما يسلم به الخصم اضطراراً على سبيل الاحتياط من طلبات خصمه . فاذا قرر فى مذكرة قدمها استعداده لدفع مبلغ من النقود أقل من المبلغ المدعى به بعد أن أنكر وجود الحق فى ذمته أصلا ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حسما للنزاع واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته ، فان هذا لا يكون إقراراً ، لأنه ليس اعترافاً خالصاً بوجود هذا المبلغ فى ذمته ، بل هو تسليم جدلى ببعض المدعى به لحسم النزاع . فهو أقرب إلى أن يكون مشروع صلح يعرضه على الخصم ، حتى إذا قبله هذا انحسم النزاع بينهما(١) .

ولا يكون إقراراً شهادة الشاهد على المدين بوجود الدين فى ذمته ، فان الشاهد يقر بوجود الحق لا فى ذمته هو بل فى ذمة شخص آخر(٢) .

ولا يكون إقراراً إبداء الخصم رأيه فى الحكم القانونى الذى ينطبق على النزاع ، كأن يقرر أن قانوناً أجنبياً معيناً هو الواجب التطبيق . فهو هنا لا يقر بحق ، ولكنه يدلى برأيه فى حكم قانونى ، وللمحكمة أن تأخذ برأيه أو لا تأخذ(٣) .

وقد يقع الإقرار على الحق فى ذاته ، فيعترف المدين أن فى ذمته لآخر مبلغاً معيناً من المال . أو يقع على المصدر الذى أنشأ هذا الحق ، كأن يعترف بوجود عقد قرض ألزمه بهذا المبلغ من المال. بل قد يقع الإقرار على ادعاء (allégation) أياً كان ، فيعترف المشترى مثلا بما يدعيه عليه دائن البائع من أنه يعرف إعسار البائع فى الدعوى البولصية التى يرفعها الدائن على كل من البائع والمشترى .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٨ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكى ينتج الإقرار أثره القانونى يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانونى ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة بشىء (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥ ص ٦٢) — وانظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٨ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ ص ٣٧٦ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٩ .

ولذلك يكون من الأدق تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بادعاء يوجهه إليه شخص آخر (١) .

ولكن لا يكون هناك إقرار إذا كانت الواقعة المسلم بها ليست محل ادعاء من جانب الخصم ولا محل إنكار من جانب المقر. فاذا بلغ رب العمل عن وقوع حادث لأحد عماله وفقاً لأحكام قانون إصابات العمل ، فلا يعد هذا إقراراً من جانب رب العمل بمسئوليته عن هذا الحادث (٢) .

وإذا كان يغلب فى الإقرار أن يقصد المقر أن يؤخذ باقراره وأن تترتب فى ذمته نتائجه القانونية ، إلا أن وجود هذا القصد عنده لايشترط لقيام الإقرار. فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الواقع دون أن يقصد ، وحتى دون أن يعرف ،النتائج القانونية التى تترتب على هذا الإقرار . بل إن نية الإقرار ذاتها لا تشترط ، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفاً بها وهو فى صدد الدفاع عن حقه ، أو وهو فى صدد استجواب المحكمة أو الخصم له ، دون أن يشعر أنه قد أدلى بأى اقرار. والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار(٣).

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ يولية سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٢٧٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — ولا يعد إقراراً بالمسئولية ما يقوم به رب العمل من إسعاف العامل بدافع الشفقة والإحسان (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ هامش رقم ٣) .

(٣) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ – نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ — ١ — ٥٢١ — ١٢ يونيه سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٦ — بارتان على أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٧ — دى باج ٣ ص ١٠٢٨ — ص١٠٣٢ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — ص ١٠٣٥ — بيدان ورو ٩ فقرة ١٣٠٤ — قارن (عكس ذلك) : ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٥٠ — هيك ٨ فقرة ٣٤٦ — لوران ٢٠ فقرة ١٥٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ — المؤجز للمولف فقرة ٦٥٤ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤٨٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ – ص ٤٣٣ — نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣ . والمسألة على كل حال محل النظر . وسنرى أن الإقرار القضائى ينطوى على نزول من جانب المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بالإثبات ، والنزول يتضمن القصد ، لذلك كان الأولى اشتراط القصد فى الإقرار القضائى على الأقل .

٢٤٥ — صور الإقرار وشكله : وليس للإقرار شكل خاص ، بل إن له صوراً متعددة . فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً . والصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً . وفى جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائى .

والغالب أن يكون الإقرار صريحاً . فيكون تقريراً (déclaration) يصدر من المقر بوقائع يعترف بصحتها . وقد يكون هذا التقرير مكتوباً ، ولا يشترط شكل خاص فى هذه الكتابة . فيجوز أن يكون الإقرار وارداً فى كتاب أو فى برقية أو فى أية رسالة أخرى يوجهها المقر إلى الطرف الآخر . ويجوز أن يكون فى ورقة مستقلة تعطى للمقر له يتخذها سنداً . ويجوز أن يكون وارداً فى صحيفة الدعوى ، أو فى مذكرة يقدمها الخصم المقر للمحكمة ، أو فى طلبات مكتوبة يوجهها الخصم المقر للخصم الآخر . كذلك قد يكون الإقرار شفوياً . فان كان خارج القضاء ، أمكن الاستشهاد على صدوره بشهود فيما يمكن سماع الشهادة فيه . وإن كان إقراراً قضائيا ، صح أن يكون فى أثناء تحقيق أو استجواب أو فى الجلسة ذاتها ، وفى هذه الأحوال يدون الإقرار فى محضر التحقيق أو محضر الاستجواب أو محضر الجلسة ، فيسهل بذلك التثبت من صدوره ومن مضمونه.

ويندر أن يكون الإقرار ضمنياً أو مستخلصاً من مجرد السكوت. فلا يستخلص من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب ولا من امتناعه عن الإجابة عند استجوابه من المحكمة أو من الخصم ، فهذا لا يكون إلا بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة والقرائن (١) . وقد نصت المادة ١٦٦ من تقنين المرافعات ، كما رأينا ، على أن « للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر» . ونصت المادة ١٦٧ من هذا التقنين على أن « للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار» . ثم نصت المادة ١٧٣ على أنه « إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال

---

(١) استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ .

التي ما كان يجوز فيها ذلك »[1] . أما نكول الخصم عن حلف اليمين أو ردها ، ونكول من ردت عليه اليمين عن حلفها ، فان ذلك يكون بمثابة الإقرار . وفى الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة ، كحقوق التجار والصناع والعمال والخدم ، يقوم التقادم على افتراض الوفاء ، ومن ثم يجب على المدين أن يتمسك بالتقادم وأن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا (م ٣٧٨ مدنى) . فالامتناع عن التمسك بالتقادم يكون بمثابة إقرار ضمنى بعدم الوفاء[2] . كذلك دفع دعوى الدائن بأن الدين قد انقضى لسبب غير الوفاء ، كالمقاصة أو الإبراء ، يكون بمثابة إقرار ضمنى بأن الدين لم يوف ، ومن ثم إذا تبين أن الدفع بالمقاصة أو الإبراء غير صحيح لم يجز للمدين أن يلجأ بعد ذلك إلى الدفع بالوفاء[3] .

ثم إن الإقرار ، فى جميع الصور المتقدمة ، قد يكون خارج القضاء ويسمى إقراراً غير قضائى (aveu extrajudiciaire) ، أو يكون أمام القضاء ويسمى إقراراً قضائياً (aveu judiciaire) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه ، إلا أن المحكمة ليست ملزمة بإجابة هذا الطلب ، بل الأمر متروك لسلطتها المطلقة فى التقدير ، فإذا رفض الحكم إجابة هذا الطلب لعدم تعلق الوقائع المطلوب الاستجواب عنها بالدعوى ، كان تسبيبه كافياً ولا تجوز إثارة الجدل بشأنه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨) — وانظر المادة ١٦٨ من تقنين المرافعات الجديد ، وهى تقضى بأنه إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست فى حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب . وانظر : نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣ . وكان تقنين المرافعات السابق يجيز اعتبار تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة بمثابة إقرار ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر فى هذا المعنى أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٤) . — انظر : بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٣ — وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يواجه بواقعتين ، فينكر إحداهما إنكاراً صريحاً ويسكت عن الثانية ، يعتبر سكوته إقراراً بالواقعة التى سكت عن إنكارها (نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٢٤ — بودرى وبارد ٤ ص ٣٧٦ هامش رقم ١) .

(٣) انظر فى أن تنفيذ العقد يعتبر بمثابة إقرار ضمنى بوجوده : دى پاج ٣ ص ١٠٥٩ — ص ١٠٦١) — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الإقرار الضمنى ما يأتى : « وليس شك فى أن الأصل فى الإقرار أن يكون صريحاً ، وأن الاقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل ، فلا يجوز قبول الإقرار الضمنى ، والحالة هذه ، ما لم يقم دليل يقينى على وجوده ومرماه . وهذا هو المعنى الذى استظهره تقنين المرافعات البلجيكى فى المادة ٣٣٠ إذ فرع على توافر هذه العناصر جواز اعتبار الوقائع ثابتة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣).

٢٤٦ — الإقرار غير القضائي : لم يعرض التقنين المدنى الجديد ولا التقنين المدنى السابق للإقرار غير القضائى . ومعنى ذلك أن الأمر فيه متروك للقواعد العامة . أما التقنين المدنى الفرنسى فقد ذكر فى المادة ١٣٥٤ أن الإقرار الذى يحتج به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء أو أمام القضاء . ثم نص فى المادة ١٣٥٥ على أن « الادعاء بصدور إقرار شفوى محض خارج القضاء لا يجدى فى جميع الأحوال التى لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالبينة »(١) . ثم عرض فى المادة ١٣٥٦ للإقرار أمام القضاء وبين أحكامه ، فذكر أنه حجة كاملة على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ، ولا الرجوع فيه إلا لغلط فى الواقع (٢). ويستخلص الفقه الفرنسى من أن المادة ١٣٥٦ من التقنين المدنى الفرنسى بينت أحكام الإقرار القضائى وسكتت عن أحكام الإقرار غير القضائى أن أحكام النوع الأول من الإقرار لا تسرى على النوع الثانى . فالإقرار غير القضائى ليس حجة قاطعة ، ولا هو غير قابل للتجزئة ، ولا غير قابل للرجوع فيه حتى دون إثبات غلط وقع فيه المقر . بل هو موكول إلى القاضى ، يقدر ، وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها ، قوته فى الإثبات . فله أن يجعله حجة قاطعة أو أن يجرده من هذه الحجية ، وله أن يرفض تجزئته أو أن يجزئه ، وله ألا يقبل الرجوع فيه أو أن يجيز فيه الرجوع ، ولا يخضع فى شىء من ذلك لرقابة محكمة النقض(٣) .

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

(٢) وستتحدد دائرة الإقرار غير القضائى ضمناً عندما نحدد منطقة الإقرار القضائى فيما يلى ، فما يخرج عن هذه المنطقة يكون إقراراً غير قضائى . وبحسبنا الآن أن نذكر أن الإقرار غير القضائى يصدر خارج القضاء أو أمامه ولكن فى غير إجراءات الدعوى التى رفعت بالواقعة المقر بها . وقد نصت المادة ٩٥ من قانون البينات السورى على أن « الإقرار غير القضائى هو الذى يقع فى غير مجلس الحكم أو يقع فى مجلس الحكم فى غير الدعوى التى أقيمت بالواقعة المقر بها ».

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٢ — ص ١٣٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٤٠٣ — وانظر فى أن الإقرار غير القضائى ليس كما يعتبره الفقه التقليدى صورة غير كاملة من الإقرار القضائى ، بل هو الأصل الذى نسج على منواله الإقرار القضائى : بارتان فى تعليقاته على أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٢ هامش رقم ٤٠ مكرر ٤ . وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٢ .

وفى القـانون المصرى أيضاً يخضع الإقرار غير القضائى للقواعد العامة كما قدمنا . ومن ثم يحسن التميز بين إثبات قيامه وبين حجيته فى الإثبات .

فالإقرار غير القضائى يقوم بصدوره من المقر شفوياً أو فى ورقة مكتوبة . فان كان شفوياً ، وأنكره من نسب إليه ، وجب على من يحتج به أن يثبت أولا صدوره من خصمه . ويخضع فى ذلك للقواعد العـامة فى الإثبات . وقد نصت المادة ٢٢٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أن «الإقرار غير القضائى ، أى الإقرار فى غير مجلس القاضى ، يجب إثباته وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات » . فان كانت قيمة الدعوى لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز له إثبات صدور الإقرار من خصمه بالبينة والقرائن . وإن زادت قيمة الدعوى على هذا المقدار ، لم يجز إثبات صدور الإقرار إلا بالكتابة وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن[١] . على أنه يصح أن المقر يعترف أمام القضاء بالإقرار الشفوى الصادر منه خارج القضاء ، فيصبح الإقرار غير القضائى ثابتاً باقرار قضـائى . ولـكنه يبقى مع ذلك إقراراً غير قضائى ، لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بالدعوى ذاتها ، بل هو ليس إلا إقراراً بالإقرار الصـادر خارج القضاء ، فيكون أثره محصوراً فى هذا النطاق[٢] . ومن ثم يكون أمام القاضى لإثبات الدعوى إقرار غير قضائى ثبت وجوده ، فيقدر قوته فى الإثبات على النحو الذى يقدر به قوة أى إقرار آخر غير قضائى . أما إذا كان الإقرار غير القضائى فى ورقة مكتوبة ، كان هذا الإقرار هو الطريق لإثبات الدعوى ذاتها بعد أن ثبت قيامه بهذه الورقة[٣] .

---

(١) بور سعيد ٥ سبتمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٣ .

(٢) ومن ثم يكون هناك إقراران : إقرار قضائى ثبت به الإقرار غير القضائى وتراعى فيه أحكام الإقرارات القضائية ، وإقرار غير قضائى هو الذى ثبت بالإقرار القضائى وتراعى فيه أحكام الإقرارات غير القضائية . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك إقرار غير قضائى ، ثم يجدده المقر أمام القضاء ، ولا يكتفى بمجرد الإقرار بصدوره منه خارج القضاء . فكلا الإقرارين هنا — القضائى وغير القضائى — ينصب على واقعة واحدة ، ويؤخذ بالإقرار القضـائى فى هذه الحالة كطريق لإثبات الدعوى ذاتها لا لمجرد إثبات الإقرار غير القضائى . (أوبرى ورو ١٢ ص ١١٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ ص ٤٠٣ ، قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٠٤٣) . انظر : طنطا الكلية أول مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩ — قارن : استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٧ .

=

فاذا ماثبت قيام الإقرار غير القضائى على النحو الذى قدمناه ، كانت له حجية فى الإثبات تتبع إلى حد كبير الصورة التى قامت به[1] . فان قامت به صورة إقرار مكتوب ، فله قوة الكتابة التى تضمنته ، رسمية كانت أو عرفية ، على التفصيل الذى قدمناه فى الكتابة[2] . ومن ثم يكون الإقرار غير القضائى الوارد فى ورقة رسمية له حجية الورقة الرسمية . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار فى ذاته ، له حجية على المقر ولكن للمقر إثبات عكس ماجاء فى إقراره وأنه لم يكن إلا إقراراً صورياً أو إقراراً متواضعاً عليه بينه وبين خصمه أو نحو ذلك ، على ألا يثبت ذلك إلا بالكتابة لأنه يثبت عكس ماجاء فى ورقة مكتوبة . ومن حيث أثره القانونى ، يخضع الإقرار غير القضائى للقواعد العامة إذ لم يرد فى شأنه نص خاص ، فهو حجة على المقر ما لم يثبت عدم صحته على النحو الذى قدمناه ، وهو قابل للتجزئة ، وهو كذلك قابل للرجوع فيه فى الحدود التى تسمح بها القواعد العامة . والمهم فى شأنه أنه لما كان إقراراً صادراً خارج القضاء فان للقاضى سلطة واسعة فى تقدير قوته فى الإثبات ، ذلك أن صاحبه يكون عادة

= والظاهر فى الفقه الإسلامى أن العبرة فى الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه ، فإن لم يستشهد المقر على كتابه بشهود فالكتاب لايصلح إقراراً . جاء فى الفتاوى الهندية : «رجل كتب على نفسه صكاً عند قوم ، ثم قال اختموا عليه ولم يقل اشهدوا عليه ، لم يكن ذلك إقراراً ، ولا يحل لهم أن يشهدوا عليه بذلك المال ، وكذا لو قال الشهود أنشهد عليك بهذا فقال اختموا عليه . ولو قالوا أنختم هذا الصك ، فقال اشهدوا عليه ، كان إقراراً وحل لهم أن يشهدوا عليه ، كذا فى فتاوى قاضيخان . ولو قال للصكاك اكتب لفلان خط إقرار بألف درهم على ، يكون إقراراً ويحل للصكاك أن يشهد بالمال . وكذا لو قال للصكاك اكتب له خط بيع هذه الدار بكذا ، وكتب الصكاك أو لم يكتب ، فهو إقرار بالبيع . . . رجل قرأ على رجل صكاً بمال ، وقال له الآخر أشهد عليك بهذا المال الذى فى الصك ، فقال نعم ، كان ذلك إقراراً وحل له أن يشهد عليه ، كذا فى فتاوى قاضيخان . ومنها كتاب حسابه ، وهو ما يكتبه التجار فى صحائفهم ودفاتر حسابهم ، كذا فى المحيط . لو كتب فى صحيفة حسابه أن لفلان على ألف درهم ، وشهد شاهدان حضرا ذلك أو أقر هو عند الحاكم به ، لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا على به ، كذا فى المبسوط». (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٦٧) .

(١) قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١١٩ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٦١ – استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ملوى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٣١ ص ٤٤٦ .

أقل حيطة فى أمره ، وأقصر تمعناً فى عواقبه ، مما لو كان إقراراً صادراً أمام القضاء[١] . فتجزئته تكون أصعب من تجزئة الإقرار القضائى ، ولا تتقيد بالنص الذى ورد فى هذه المسألة فى شأن الإقرار القضائى ، وذلك حتى يعامل المقر إقراراً غير قضائى فى يسر ، فقد يقر بالدين وبانقضائه عن طريق المقاصة ثم لا يتجزأ إقراره إذا رأى القاضى عدم التجزئة[٢] . والرجوع فيه لغلط أو تدليس أو إكراه أو نقص فى الأهلية جائز كما هو جائز فى الإقرار القضائى ،

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون البينات السورى على أن « الإقرار غير القضائى واقعة يعود تقديرها للقاضى ، ويجب إثباتها وفاقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات » — وقضت محكمة النقض بأن الإقرار الوارد فى صحيفة دعوى غير دعوى النزاع ، وإن كان لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً حتماً ، هو إقرار مكتوب صدر فى مجلس القضاء . ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع . فلها مع تقدير الظروف التى صدر فيها والأغراض التى حصل من أجلها أن تعتبره دليلا مكتوباً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما لها ألا تأخذ به أصلا . فاذا هى اعتبرته دليلا كتابياً ، كان ذلك فى حدود سلطتها التقديرية التى لا معقب عليها من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٠٠) . انظر أيضاً : الزقازيق استئنافى ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢/١٠ — ملوى ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٧ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ — المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢ ص ٢٩ — قنا استئنافى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١ ص ١٩٧ — ديرانتون ١٣ فقرة ٥٤٠ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٤٤ بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ و فقرة ١٣١٣ .

(٢) فهناك أحكام كثيرة لا تجزىء الإقرار غير القضائى : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٧ — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرارات التى تصدر من الشخص فى تحقيق البوليس لا تعتبر إقراراً واحداً لا يتجزأ ، بل هى جملة من الإقرارات مستقلة بعضها عن بعض ، ويجوز الأخذ ببعضها دون البعض الآخر ، فاذا أخذ باقرار منها فلا يجوز تجزئته (٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٦) . على أن الإقرار غير القضائى قابل للتجزئة إذا رأى القاضى ذلك ، وقد قضت محكمة النقض بأن الأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب فى دعوى غير الدعوى المنظورة هى من قبيل الإقرار غير القضائى ، فتجوز تجزئتها والأخذ ببعضها دون بعض (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١) — انظر أيضاً فى معنى جواز التجزئة : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٩ — منوف ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢/٧٩ — توليه ١٠ فقرة ٣٤٠ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٤ . عكس ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ .

بل يصح الرجوع فيه لغلط فى القانون[1] .

وإذا كان الإقرار غير القضائى مكتوباً فى ورقة عرفية ، كانت له حجية هذه الورقة . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة ولكن إلى حد الإنكار لا إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار فى ذاته ومن حيث أثره القانونى ، لا فرق فى ذلك بين الورقة العرفية والورقة الرسمية ، وما قلناه هناك يقال هنا .

وإن قامت بالإقرار غير القضائى صورة إقرار شفوى ، فأمر إثباته كما قدمنا موكول إلى القواعد العامة . ولكن متى اعتبر القاضى أنه قد ثبت وجب أن تكون حجيته فى الإثبات هى نفس حجية الإقرار المكتوب ، ففى الحالتين قد ثبت أن هناك إقراراً غير قضائى قائماً ، فوجب ألا تتغير حجيته فى حالة عما هى فى الحالة الأخرى . ومن ثم يكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صدوره من المقر ، ولا محل هنا لا للطعن بالتزوير ولا للإنكار ، فان هذين الوجهين لا يصلحان إلا بالنسبة إلى الورقة المكتوبة . ويكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صحته فى ذاته إلى أن يثبت من نسب إليه الإقرار عدم صحته ، وله الإثبات بجميع الطرق إذا كان الإقرار ذاته قد ثبت بالبينة والقرائن . ويكون لهذا الإقرار أخيراً أثره القانونى وفقاً للقواعد العامة ، فيخضع فى تجزئته وفى جواز الرجوع فيه للقواعد ذاتها التى يخضع لها الإقرار المكتوب[2] .

---

(١) وسنرى أن الإقرار القضائى نفسه يتأثر بالغلط فى القانون — ويجوز ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضى ، الرجوع فى الإقرار غير القضائى حتى لو لم يوجد غلط أو تدليس أو إكراه (لارومبيير ٧ م ١٣٥٦ فقرة ٣١ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٥ — عكس ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) . ولا رقابة لمحكمة النقض على تقدير قاضى الموضوع فى كل ذلك (انظر فى هذا المعنى بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٨ — فقرة ١٣١٩ — وانظر عكس ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) .

(٢) يميز التقنين المدنى الليبى ، فى الإقرار خارج مجلس القضاء ، بين الإقرار الذى يفضى به المقر مباشرة لخصمه أو نائب عنه ، وهذا يجعل له حجية الإقرار القضائى لأن الخصم فى العادة لا يقر لخصمه مباشرة بحق عليه إلا إذا كان هذا الحق فى ذمته ، وبين الإقرار الذى يفضى به المقر لشخص ثالث ، والإقرار الموجود فى وصية للمقر . فالإقرار لشخص ثالث — دون الخصم مباشرة — لا تلابسه الحيطة التى تلابس الإقرار للخصم . والإقرار فى وصية تدخله مظنة أن يكون الإقرار جزءاً من هذه الوصية أضفى عليه الموصى صورة الإقرار . ومن ثم ترك التقنين الليبى للقاضى سلطة البت فى تقدير حجية الإقرار فى هاتين الحالتين . وهذا هو نص المادة ٣٩٨ من التقنين المدنى الليبى الذى وردت فيه هذه الأحكام : «الإقرار الذى يفضى به للخصم أو لمن =

٢٤٧ — الاقرار القضائي : وننتقل الآن إلى الإقرار القضائي ، وهو الذي أفرده التقنين المدني بالذكر ، وعناه وحده بلفظ « الإقرار » ، وخصه بقواعد تميزه عن الإقرار غير القضائي [١] .

ونبحث الإقرار القضائي – ونطلق عليه لفظ « الإقرار » دون نعت كما فعل التقنين المدني – ونتناول في البحث : (أولا) أركانه ، و (ثانياً) حجيته في الإثبات .

الفرع الأول

أركان الاقرار

٢٤٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة[٢] » .

= يمثله خارج مجلس القضاء يعد إقراراً قضائياً في نفس الدرجة والمفعول . وإذا أفضى بالإقرار لشخص ثالث ، أو وجد الإقرار في وصية ، فتترك حرية البت فيه لتقدير القاضي . ولا يجوز إثبات الإقرار المدلى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصبا على موضوع لا يسمح القانون إثباته بشهود» .

(١) ويحسن التمييز بين مسائل ثلاث : (ا) العبارة المنسوب صدورها إلى الخصم ، وهل صدرت منه فعلا : وهذه مسألة موضوعية . (ب) وبفرض ثبوت صدورها ، هل يمكن تفسيرها على أنها إقرار : وهذه أيضا مسألة موضوعية . (ج) وبفرض أنها إقرار ، فهل هذا الإقرار قضائي أو غير قضائي : وهذه مسألة قانون (انظر أنسيكلوبيدى داللوز في القانون المدنى preuve فقرة ٩٣٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه . ويكون صدوره أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظيا طفيفا وحذفت عبارة «أو من ينوب عنه نيابة خاصة» لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدنى) ، فأصبح النص هو ما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة =

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادتين ٩٣ و٩٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٦١ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢١٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى م ٣٩٦[1] .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥٤ والفقرة الأولى من المادة ١٣٥٦ [2] .

ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى أن للإقرار أركاناً أربعة : (١) اعتراف الخصم (٢) بواقعة قانونية مدعى عليه بها (٣) أمام القضاء (٤) أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة [3] .

= ٤٢١ فى المشروع النهائى . ووافق على النص مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٨ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ — ص ٤٣٤) .

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩٣ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . م ٩٤ : الإقرار القضائى هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أمام القضاء ، أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . (والحكم واحد فى القانون السورى والتقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٦١ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . (والحكم واحد فى التقنينين العراقى والمصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢١٠ : الإقرار هو اعتراف فريق بأمر ادعى به عليه . والإقرار يكون قضائياً وغير قضائى . (ولا يوجد فى التقنين اللبنانى تعريف خاص بالإقرار القضائى ، ولكن يفهم من مجموع نصوصه أن حدود الإقرار القضائى هى نفس الحدود المقررة فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٦ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٤ : الإقرار الذى يحتج به على الخصم يكون إما إقرارا غير قضائى وإما إقراراً قضائياً — م ١٣٥٦ فقرة أولى : الإقرار القضائى هو اعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه أو بمن فوضه فى ذلك تفويضاً خاصاً .

Art. 1354 : L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

Art. 1356 el. 1. : L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ — ص ٤٢٣ — وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه لتوافر هذه =

٢٤٩ — الركن الاول — اعتراف الخصم : الإقرار اعتراف يصدر من المقر . والاعتراف تقرير (déclaration) لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . ولا شك فى أن التقرير على هذا النحو هو عمل مادى ، كالشهادة والكتابة والتوثيق والحلف . فالإقرار إذن فى أصله عمل مادى ، أى واقعة قانونية (fait juridique) ، وليس بتصرف قانونى (١) .

ولكن الإقرار من جهة أخرى ، ينطوى على نزول من جانب المقر عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات مايدعيه ، كما سنبين فيما يلى . والنزول (renonciation) تصرف قانونى من جانب واحد (acte juridique unilatéral) . فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى (٢) . فهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، مثله فى ذلك مثل الوفاء (paiement) والاستيلاء (occupation) ، فكلاهما واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى : الوفاء ينطوى على إرادتين متطابقتين فى إنهاء الدين ، والاستيلاء ينطوى على إرادة تملك المال محل الاستيلاء (٣) .

= الأركان الأربعة ، أو لا تعتبر لعدم توافرها ، مسألة من مسائل القانون . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القضائى هو اعتراف خصم بالحق المدعى به فى مجلس القضاء قاصداً بذلك إعفاءه من إقامة الدليل عليه ، وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه أو لا تعتبر مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣) — أما ثبوت وقوع هذه الأركان مادياً فهى مسألة موضوعية متروك تقديرها لمحكمة الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ — ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١٠ ص ٢٣٤) .

(١) قارب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش رقم ١ .

(٢) قارب أوبرى ورو ١٢ ص١١٣ — ص١١٤ — دى باج ٣ ص١٠٢٨ — ص ١٠٣٢ — وقارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠٤ — فقرة ١٠٥ — وفى الفقه الإسلامى الإقرار إخبار الإنسان عن ثبوت حق بغيره على نفسه ، وهو إخبار لا إنشاء ، ولذلك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا اشتراط الخيار ، ولا يتوقف على القبول وما فيه تمليك مال من وجه يرتد بالرد وإلا فلا كأبطال شفعة وطلاق وعتاق (الأستاذ أحمد إبراهيم فى طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ١١٨ — ص ١٣٠) .

(٣) وسنرى أن كلا من توجيه اليمين الحاسمة وردها تصرف قانونى . أما الحلف نفسه فواقعة مادية . والنكول عن اليمين ، كالإقرار ، واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى .

ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ، أى واقعة مختلطة كما قدمنا ، كان لكل من هاتين الناحيتين فيه — الواقعة المادية والتصرف القانونى — نتائجه القانونية .

فالإقرار من حيث انه واقعة مادية لاحاجة فى تمامه إلى قبول من الخصم الذى صدر الإقرار لصالحه . وسواء صدر الإقرار أثناء استجواب أو فى الجلسة أو ضمن مذكرات القضية وأوراقها ، فان مجرد صدوره من صاحبه يجعله قائماً لايتوقف فى قيامه على قبول من الخصم الآخر . وإذا كان هذا الخصم الآخر يطلب عادة إثبات الإقرار فى المحضر ، فهو يفعل ذلك لا لإظهار قبوله إياه ، بل لتسجيله كما صدرحتى يتيسر الرجوع إليه دون أن يقع اختلاف فى مضمونه[1] . ويترتب على ذلك أن الإقرار إذا صدر لايجوز للمقر الرجوع فيه بحجة أن الخصم المقر له لم يظهر بعد قبوله إياه ، إذ الإقرار تام نافذ بمجرد صدوره دون حاجة إلى قبول[2] .

والإقرار من حيث انه ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد لايحتاج أيضاً إلى قبول . ثم انه يجب لصحته نفس الشروط الواجب توافرها لصحة هذا التصرف القانونى . فالمقر ، كما قدمنا ، إنما ينزل عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات الواقعة التى يدعيها ، وهذا النزول يجعل هذه الواقعة فى غير حاجة إلى الإثبات ، فتصبح مصدراً لالتزام المقر . ومن ثم يشترط لصحة هذا النزول — أى لصحة

---

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٧ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٧ هامش رقم ١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقره ١٥٦٦ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٤ — ومن ثم يجوز الإقرار للصبى غير المميز والمجنون (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ — وانظر م ٤٦٣ فقرة ٢ مدنى عراقى) .

قارب المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى العراقى ونصها : «١ — لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ، ولكن يرتد برده . ٢ — وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به ، فلا يبقى حكم الإقرار فى المقدار المردود ، ويصح الإقرار فى المقدار الباقى» . والمادة ٤٦٨ من نفس التقنين : «١ — يلزم المرء باقراره إلا إذا كذب بحكم . ٢ — ولا يصح الرجوع عن الإقرار» . وانظر أيضاً المادتين ٩٨و٩٩ من قانون البينات السورى ، وقد نقلنا عن المادتين ٤٦٦و٤٦٨ من التقنين المدنى العراقى . وانظر فى تكذيب الحاكم للاقرار المادة ١٥٨٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٧٥ — ص ٨٧٦ .

الإقرار – ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقر بها . فيجب إذن أن يكون المقر أهلا للالتزام بهذه الواقعة ، وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة : غلط أو تدليس أو إكراه . فاذا كان المقر يقر بواقعة قرض مثلا ، وجب أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً ، حتى يكون أهلا للالتزام بالقرض الذي أقر به [1] . ويجب ألا يكون قد وقع في غلط جوهري لا في الواقع ولا في القانون [2] . كما لا يجوز أن يكون قد اندفع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأهلية التي تشترط لصحة الأقارير هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصبي غير المميز والمجنون (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون المصري (القديم – وكذلك الجديد) لم يأت بنص صريح كالذي جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدني فرنسي التي تقرر أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشيء عن خطأ في الأمر الواقع ، إلا أن القواعد القانونية العامة توجب العمل بهذا المبدأ ، فهي لا تسمح لأي إنسان بأن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلا عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية في الحساب الناشئة عن السهو والنسيان (٣ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٣ ص ٣٨٤) . وقضت محكمة دمياط بأنه إذا بني الإقرار على غلط في الواقع كأن يقر بدين على مورثه ثم يعثر بعد ذلك على مخالصة بين أوراق المورث ، ففي هذه الحالة يجوز للمقر العدول لأن اعترافه بأمر لم يكن موجوداً في الواقع (٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٤٤٧ ص ٩٠١) .

هذا ويلاحظ أن التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٦) لا يجعل الإقرار معيباً إلا إذا كان الغلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يعتد به (انظر أيضاً المادة ٢٢٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . ولكن المقصود بالغلط في القانون الذي لا يعتد به هو الغلط في النتائج القانونية التي تترتب على الإقرار (أوبري ورو ١٢ ص ١١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ٩١٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨١٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٩ — وانظر أيضاً المادة ٢٢٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وتقضي بأنه لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية) . وعلى هذا المعنى يمكن القول أيضاً بأن الغلط في القانون لا يؤثر في الإقرار في القانون المصري ، فإقرار الوارث بوصية صدرت لوارث آخر لا يعيبه أن يكون الوارث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارث لا تزال غير جائزة ، فإذا تمسك المقر بهذا الغلط في القانون لا يجاب إلى طلبه في الرجوع عن إقراره (قارن الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ٢ — والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٠ — وقارن أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٩٨ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٤) . أما الغلط في القانون الذي يعتد به في الإقرار في القانون المصري — وكذلك في القانون الفرنسي إذا أخذنا =

إلى إقراره بتدليس أو إكراه (١). وهو الذى يحمل عبء إثبات ذلك إذا ادعاه (٢). فان أثبت أنه لم يكن أهلا أو أن إقراره قد شابه غلط جوهرى أو تدليس أو إكراه ، كان الإقرار باطلا ، وكان له الرجوع فيه (٣) .

كذلك مادام الإقرار ينطوى على تصرف قانونى ، وما دام هذا التصرف هو النزول عن حق ، فان الإقرار يكون فى حكم عمل من أعمال التصرف (acte de disposition) ، ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة ، فلا تكفى

= بالتفسير الذى سبقت الإشارة إليه — فهو الغلط الذى يقع ، لا فى النتائج القانونية للإقرار ، بل فى العناصر القانونية التى يقوم عليها ، وذلك كالغلط فى حكم من أحكام القانون انبنى عليه صدور الإقرار . فإذا أقر وارث بملكية الموصى له للعين الموصى بها وهى تزيد على ثلث التركة ، وكان يعتقد وقت صدور الإقرار أن الوصية تجوز حتى لو جاوز الموصى به ثلث التركة ، فان له الرجوع فى إقراره إذا أثبت هذا الغلط فى القانون الذى وقع فيه .

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : «لكن يجوز الطعن فى الإقرار لغلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه هى عيوب الرضاء ، فإذا كان المقر قد صدر منه الإقرار على أساس غلط وقع فيه ، كما إذا أقر وارث بدين فى ذمة مورثه وهو يجهل أن هناك مخالصة بالدين ، فله أن يطعن فى هذا الإقرار بالغلط إذا ما علم بعد ذلك بأمر هذه المخالصة . وإذا كان الإقرار قد صدر على أثر تدليس ، ولو من غير الخصم المقر له ، أو كان نتيجة إكراه ، فللمقر أن يطعن فيه كذلك.» (الموجز ص ٦٨٥) . هذا والتدليس والإكراه يمكن تصورهما فى الإقرار إذا وقعا خارج المحكمة (قارن دى باج ٣ ص ١٠٢٨ — ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٦ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٠ — ٢٤ مارس ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ .

(٣) وفى الفقه الإسلامى يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له للمقر فى حقوق العباد ، وبرجوع المقر عن الإقرار فى حقوق الله تعالى . جاء فى البدائع : «الإقرار بعد وجوده يبطل بشيئين . أحدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الإقرار ، وهو الاقرار بحقوق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف ثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثانى رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع فى أحد نوعى الإقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا ، لأنه يحتمل أن يكون صادقا فى الإنكار ، فيكون كاذبا فى الإقرار ضرورة ، فيورث شبهة فى وجوب الحد » (البدائع ٧ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣) . ولا يسمع من المقر أنه كاذب فى إقراره . ولكن للمقر أن يرجع فى إقراره للاكراه لا للغلط : جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٣٧ و ١٤٠) «إقرار المكره باطل» ... وفى كافى الحاكم من باب الإقرار فى المضاربة : لو أقر المضارب بربح ألف درهم فى المال ، ثم قال غلطت إنما خمسمائة ، لم يصدق وهو ضامن لما أقر به » .

لوكالة العامة(١) . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال لإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء(٢) » . ومن ثم لا يصح الإقرار من وكيل عام . ولا يصح الإقرار الصادر من محام(٣) ، ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامى منصوصاً فيه على تفويضه فى الإقرار(٤) . ولا يشترط تعين محل لإقرار على وجه التخصيص (م ٧٠٢ فقرة ٢ مدنى) . أما الولى والوصى والقيم فيصح إقرارهم عن الأصيل فى الحدود التى يجوز لهم فيها القيام بأعمال

---

(١) ما لم يكن الإقرار منصبا على عمل شخصى للوكيل يدخل فى حدود وكالته العامة (انسيكلوپيدى داللوز فى القانون المدنى Preuve فقرة ٩٥٩) .

(٢) وقد رأينا عند استعراض تاريخ نص المادة ٤٠٨ أن المشروع التمهيدى لهذا النص (م ٥٤٦) كان يقضى بأن « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية ... » ، وأن لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو من ينوب عنه نيابة خاصة » لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدنى) .

(٣) فاذا صدر منه إقرار مبتدر (spontané) ، فان هذا لا يكون حجة على الموكل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ .

(٤) فاذا فوض المحامى فى الإقرار ، وصدر منه إقرار فى مذكرة قدمها للمحكمة ولم يسحبه الخصم ، أوخذ بهذا الإقرار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٥٠) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجب أن يصدر الإقرار من الخصم أو ممن يفوض فى ذلك بتوكيل خاص . فلا يجوز للوكيل أن يقر عن الموكل ، إلا أن يكون قد خول ولاية خاصة ، لأن الإقرار فى حقيقته عمل تصرف لا عمل إدارة ، فهو يخرج بذلك عن نطاق الوكالة العامة . ولهذه العلة يشترط توقيع الموكلين أنفسهم على المذكرات التى تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامون مفوضين فى الإقرار بتوكيل خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ نفى صدور إقرار من البائعتين قد استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيلهما والمثبت بمحضر انتقال القاضى المنتدب للمعاينة لا يصلح للاحتجاج به على الموكلتين لأنه لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل عام يبيح الإقرار بالملكية ، فإن هذا القول لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨١ ص ٤٧٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا بد من توكيل خاص فى الإقرار : استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٤ — ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ .

التصرف ، فيشترط إذن فى كثير من الأحوال لصحة هذا الإقرار الحصول على إذن من المحكمة الحسبية[1] . أما الإقرار بواقعة قانونية فحجته مقصورة عليهم ، إلا اذا كانت الواقعة عملا من أعمال الإدارة المخولة لهم بحكم القانون[2] .

---

(١) وقد نصت المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية على تصرفات معينة لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، فالإقرار بأى تصرف منها باسم القاصر لابد فيه من إذن المحكمة الحسبية . وهذا هو نص المادة ٢٠ المشار إليها : « لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة : (أولا) التصرف فى أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عينى . (ثانياً) تحويل الديون التى تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه . (ثالثاً) استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر . (رابعاً) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى . (خامساً) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة . (سادساً) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها . (سابعاً) الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة . (ثامناً) الصلح والتحكيم . (تاسعاً) الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . (عاشراً) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (حادى عشر) التنازل عن الدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام . (ثانى عشر) التنازل عن التأمينات أو إضافتها . (ثالث عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لأحد أقاربه أو أصهاره أو لمن يكون الوصى نائباً عنه . (رابع عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار الوصى لا يسرى فى حق القاصر عن وقائع سابقة على الوصاية (٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧) . وقضى المجلس الحسبى العالى بأن الوصى لا يملك الإقرار بالدين ، فلا يجوز له أن يسدد ديوناً على القاصر لم تكن ثابتة (٢٧ يونية سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ٤٠ ص ٢٤٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز للواقف أن يقر بدين على الوقف بعد إنشائه (٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٦).

هذا وتنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى العراقى على أنه « يشترط أن يكون المقر عاقلا بالغاً غير محجور عليه ؛ فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم ، ولكن الصغير المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ فى الأمور المأذون فيها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين على أنه « لا يشترط أن يكون المقر له عاقلا ، فلو أقر أحد بمال للصغير غير المميز صح إقراره » — انظر أيضاً المادة ٩٦ من قانون البينات السورى ، وهى منقولة عن المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى العراقى .

وقد نصت المادة ٢٢٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أن « يكون الإقرار باطلا إذا لم يكن المقر حائزاً للأهلية أو الصلاحية الكافية » .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ ص ١١٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٥ ص ١٠٤٠ — والإقرار الصادر من ممثلى الشخص المعنوى (شركة أو جمعية أو نحو ذلك) =

وأخيراً مادام الإقرار ينطوى على تصرف قانونى ، فانه يرد عليه مايرد على التصرفات القانونية من احتمال الصورية والتواطؤ[1] . فقد يكون الإقرار صورياً تواطأ عليه المقر والمقر له اضراراً بحقوق الغيركالدائنين والخلف ، ويجوز لهؤلاء اثبات الصورية بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن ، فاذا أثبتوها لم ينفذ الإقرار فى حقهم[2] . والإقرار الصادر فى مرض الموت يعتبر فى حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا من ثلث التركة[3] . على أن الإقرار يصح ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه ، لأنه ليس منشئا للحق بل هو مظهر له ، ومن ثم كان حكمه هو ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء[4] .

= يعتبر إقراراً صادراً من الشخص المعنوى نفسه (بلانيول وريبير وبولانجيه : فقرة ٢٢٨٥) .

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ — وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : «وكما يجوز الطعن فى الإقرار بعيب من عيوب الرضاء ، يجوز الطعن فيه أيضا بالتواطؤ فيما بين المقر والمقر له ، غير أن الطعن فى الحالة الأولى يكون من المقر نفسه ، وفى الحالة الثانية يكون من الغير الذى أضر به هذا التواطؤ . فقد يتواطأ شخص مع آخر على أن يقر له بحق إضراراً بدائنه ، فيجوز للدائن أن يطعن فى الإقرار بالدعوى البولصية أو بالصورية على حسب الأحوال» (الموجز ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها فى هامش) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٠ .

(٣) انظر فى إقرار المريض مرض الموت فى الفقه الإسلامى : «طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية» للأستاذ أحمد ابراهيم ص ١٨٥ – ص ٢٢٥ — البدائع ٧ ص ٢٢٤ – ص ٢٢٨ — الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ – ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الإنسان فى مرض موته بدين لأحد ورثته يكون موقوفاً على اجازة باقيهم ، فإن أجازوه كان معتبراً ، وإلا فلا (٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٤ ص ٨٥٦ — على أنه بعد إباحة الوصية للوارث فى ثلث التركة يكون الإقرار لوارثه نافذاً فى هذا القدر ولو من غير اجازة باقى الورثة) . أما إذا صدر الإقرار فى حال الصحة فانه يكون نافذاً دون تقييد بثلث التركة ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإقرار بالدين يكون صحيحا ولو ستر تبرعاً متى كان منجزاً وصادراً فى حال الصحة ، سواء كان لوارث أو لغير وارث (١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٥ ص ٦٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلا تقدم الاستحقاق عليه فى زمن سابق ، فيكون صحيحاً ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه . فإذا أقر المشترى على نفسه بأن الأرض التى اشتراها والمكلفة بإسمه هى ملك اولاده ، واعتبرت محكمة الاستئناف أن عقود شراء تلك الأطيان جدية ، كما اعتبرت فى الوقت ذاته أن الإقرار اللاحق لها صحيح وحجة على المقر=

٢٥٠ — الركن الثانى — واقعة قانونية مدعى بها : ويجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً ، بل يصح أن تكون واقعة مادية . ولا يلزم كذلك أن تكون الواقعة مصدراً لحق من الحقوق ، بل أية واقعة يمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار . وقد رأينا أنه يمكن الادعاء بأية واقعة يترتب عليها أثر قانونى ، كما إذا ادعى الدائن علم المشترى بأعسار المدين البائع فى الدعوى البولصية ، فهذه واقعة يمكن أيضاً أن ينصب عليها الإقرار .

ومادام الإقرار ينطوى على تصرف قانونى كما قدمنا ، وهو ضرب من التصرف فى الشيء المقر به من جانب المقر ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة الفاحشة . وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى

=ولو لم يذكر سببه ، فلا محل للطعن فى حكمها بالتناقض ، لأنه يبين من هذا أن المحكمة لم تعتبر الإقرار المذكور سبباً من الأسباب الناقلة للملك ، بل اعتبرته — كما ينبغى أن يعتبر قانوناً — دليلا تقدم الاستحقاق عليه فى زمن سابق ، وهذا حق ، لأن الإقرار ليس سبباً لمدلوله ، ولذا كان حكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء (نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٨) . وتميز محكمة النقض بين سبب الإقرار بالدين وعلة الاستدانة ، فقد يقر المدين بالدين ويذكر أن السبب هو استيلاؤه على ريع أموال الدائن ، ثم يذكر أن علة هذه الاستدانة هى إنفاق المال فى وجه معين ، فسواء صدقت العلة أو لم تصدق ، فالإقرار صحيح ما دام سببه صحيحا (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

وفى الفقه الإسلامى الإقرار كاشف لا منشىء . جاء فى الفتاوى الهندية : « الإقرار اخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه ، كذا فى الكافى . وأما ركنه فقوله لفلان على كذا أو ما يشبهه ، لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه ، حتى لا يصح شرط الخيار فيه ، بأن أقر بدين أو بعين على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فالخيار باطل وإن صدقه المقر له والمال لازم ، كذا فى محيط السرخسى » (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٥٦) . وفى الدر المختار الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه ، وقد جاء فيه ما يأتى : « فالوجه الأول وهو الأخبار : صح إقراره بمال مملوك للغير ، ومتى أقر بملك الغير يلزمه تسليمه إلى المقر له إذا ملكه برهة من الزمن لنفاذه على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك... ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها ، ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف . وصح إقرار العبد المأذون بعين فى يده والمسلم بخمر وبنصف دار مشاعاً والمرأة بالزوجية من غير شهود ، ولو كان إنشاء لما صح ... والوجه الثانى وهو الإنشاء : لو رد المقر له إقراره ثم قبل لا يصح ، ولو كان إخباراً لصح ... والملك الثابت بالإقرار لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له ، ولو إخباراً لملكها » . (تكملة ابن عابدين ٢ ص ٧٨ — ص ٨٢) . =

نص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين بأنه « يشترط ألا يكون المقر به مجهولا جهالة فاحشة ، أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعاً من صحة الإقرار»[1] .

ويجب بداهة أن يكون محل الإقرار لايكذبه ظاهر الحال ، وإلا كان إقراراً صورياً لا قيمة له . وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى أيضاً نص على هذا الحكم ، إذ تقضى المادة ٤٦٥ من هذا التقنين بأنه « يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار ، فلو أقر شخص ببنوة آخر أكبر منه فى السن لايصح إقراره »[2] .

ويجب أخيراً أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه . فالإقرار بشىء مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح . ويترتب على ذلك أنه لايصح الإقرار بدين مراهنة أو قمار ، ولا الإقرار بالتعامل فى المخدرات ، ولا الإقرار بفوائد تزيد على الحد المسموح به قانوناً ، ولا الإقرار بايجار منزل للعهارة ، ولا الإقرار باتفاق على ارتكاب جريمة . وهذا لايمنع من قبول هذا الإقرارات فى المسئولية الجنائية [3] .

= وجاء فى « طرق القضاء» : «أما الإقرار فان الحق يثبت به بدون حكم ، وإنما يأمره القاضى بدفع ما لزمه بإقراره ، وليس لزوم الحق بالقضاء ، فجعل الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر ، وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء — والبينة طريق للقضاء بالإجماع ، والمدعى لا يثبت بها حتى يتصل بها القضاء . واليمين ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة يترك المدعى فى يده لعدم قدرة المدعى على إثباته لا قضاء له بيمينه ... والنكول طريق للقضاء عند أصحابنا ، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار موجب للحق بنفسه ، وأما النكول فلا يوجب الحق إلا إذا اتصل به القضاء (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٧ — ص ٨) .

(١) وتنص المادة ٤٦٤ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ١ — كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول ، إلا فى العقود التى لا تصح مع الجهالة ، ٢ — فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو غصب صح إقراره ، ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المسروق أو المغصوب . أما إذا أقر ببيع أو استئجار شىء غير معلوم ، فلا يصح إقراره » .

(٢) انظر أيضا المادة ٩٧ من قانون البينات السورى ، وهى منقولة عن المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى العراقى . وانظر المادة ١٥٧٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٦٣ — ص ٨٦٤ .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ — وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن الشريعة الإسلامية اشترطت لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالا شرعيا أى لا يعده الشرع باطلا ، فان كان باطلا شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه ، والإقرار به يكون باطلا غير معتبر شرعاً ، حتى =

ويصح الإقرار في التصرف أياً كانت قيمته، ولو زادت على نصاب البينة، فالإقرار كما قدمنا حجيته مطلقة (١).

٢٥١ — الركن الثالث — أمام القضاء : وهذا الركن هو الذي يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي ، ويكمله الركن الرابع وهو أن يكون صادراً أثناء السير في الدعوى .

= إذا أخذ المقر له من المقر المال المقر به كان للمقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه بغير وجه شرعي . ومثال الإقرار بالمحال الشرعي أن يقر إنسان بقدر من السهام لوارث أكثر مما هو مقدر له شرعاً ، ومثل هذا الإقرار باطل في نظر الشرع ، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين إيثاراً له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بشيء محال شرعاً ، ومن قبيله إقرار الرجل لزوجته بمهرها بعد أن تبرئه منه أو بعد أن تهبه له أو إقراره لها بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشز من غير سبق قضاء أو رضاء مع اعترافها بذلك . فهذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع ببطلانها بطلاناً كلياً (٣ يوليه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٧ ص ٤٤٣) .

هذا وقد قدمنا أن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع ، فلا يرد على مسألة من مسائل القانون . فالإقرار الصادر من أحد المتعاقدين بوصف عقد بأنه بيع وفاء لا رهن لا يعتبر حجة على المقر لأنه ليس إقراراً بذمة ، وإنما هو إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية ، وهذا الوصف لم يغير شيئاً من حقيقته ، ولا يقيد المحكمة ما دام أنه غير مطابق للأركان التي اشترط القانون وجوب توافرها (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٠ ص ٣١٤ — وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٢ ص ٢٤٨) .

ويورد دى پاج المسائل التي لا يصح فيها الإقرار على النحو الآتي : (١) لا يصح الإقرار فيما يحرم القانون الإقرار به لاعتبارات ترجع إلى الخشية من الاحتيال والتواطؤ ، وذلك كما في فصل الأموال (séparation de biens) والطلاق ونحو ذلك . (٢) لا يصح الإقرار بعكس ما تقضي به قرينة قانونية قاطعة تعتبر من النظام العام . (٣) لا يصح الإقرار فيما يجب لإنكار صحته من الطعن بالتزوير . (٤) لا يصح الإقرار لإثبات وجود عقد شكلي (٥) لا يصح الإقرار في مسائل الحالة المدنية (état) والنسب . (دى پاج ٣ فقرة ١٠١٥ ص ١٠٣٨ — ص ١٠٣١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويقبل الإقرار ، كقاعدة عامة ، في جميع المواد ولو كانت قيمة المدعى به تجاوز عشرة جنيهات ، ما لم يقض القانون بغير ذلك :كما لو كان الإثبات متعلقاً بالبيانات التي يلحق بها وصف الرسمية في محرر رسمي ، أو بالتصرفات التي يشترط لانعقادها شكل خاص ، أو بالمسائل المتصلة بالنظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) .

(١) : هيك ٨ فقرة ٣٤٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٢ .

فالإقرار الذى لايصدر أمام القضاء لايعد إقراراً قضائياً . ويعتبر قضاءا كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء، فلا يقتصر ذلك على القضاء المدنى وحده . ويعتد بالإقرار الصادر أمام القضاء التجارى ، والقضاء الإدارى ، والقضاء الشرعى ، والقضاء الملى . كذلك يعتد بالإقرارالصادر فى دعوى مسئولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائى ، وبالإقرار الصادر أمام قاضى التحضير ، وأمام القاضى المنتدب لوضع التقرير فى محكمة القضاء الإدارى والقاضى المنتدب للتحقيق أو للاستجواب. بل إن الإقرار يصدرعادة أثناء الاستجواب ، فوجب أن يكون صحيحاً إذا صدر أمام القاضى المنتدب لهذا الغرض .

ويجب أن يصدر الإقرار أمام محكمةمختصة اختصاصاًموضوعياًعلىالأقل(١) .

ويجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين (arbitres) (٢) .

ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو النيابة الحسبية أو الخبير أو المحقق الإدارى لايعتبر إقراراً قضائياً ، لأن هذه الجهات ليست بجهات قضاء (٣) .

٢٥٢ — الركن الرابع — أثناء سير الدعوى : ولا يكفى أن يصدر الإقرار أمام القضاء ، بل يجب أن يصدر أيضاً فى خلال إجراءات الدعوى التى يكون الإقرار فيها دليل الإثبات . فيصح أن يكون فى صحيفة الدعوى ذاتها ، أو فى المذكرات التى تليها ، أو فى المذكرات التى يرد بها على الدعوى . ويصح أن يكون أمام القاضى المنتدب للتحقيق . وأكثر ما يكون، كما قدمنا، فى خلال استجواب تقرره المحكمة . ويجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسهافى جلسة من جلسات

(١) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٦٠ سيريه ٦١ — ١ — ٦١ — أوبرى ورو ١٢ ص ١١٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٤ ص ٣٨٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لكى يكون الإقرار قانونياً ودليلا قاطعاً يجب أن يصدر فى أثناء سير الدعوى وأمام المحكمة التى تنظر النزاع ، فلا يكفى صدوره أثناء التحقيقات الجنائية التى تجريها النيابة ما دام المقر لم يصر على إقراره ويردده أمام المحكمة ، خصوصاً إذا سحبه بصريح العبارة مدعياً أنه صدر منه بسبب الاضطراب الذى كان واقعاً فيه وقت اتهامه جنائياً — والاعتراف الذى يصدر فى المسائل الجنائية لا يعتبر فيها إثباتاً تاماً ما لم تعززه ظروف أخرى ، فلا يمكن أن تكون له أمام المحكمة المدنية أهمية أكثر من اعتباره مجرد قرينة تتعلق بالوقائع (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٣٣٧) .

المرافعة ، كما يجوز أن يصدر عند إبداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة. بل يجوز أن يلي إقفال باب المرافعة في مذكرات تقدم من الخصوم يرد فيها بعضهم على بعض ، فيصدر من أحد الخصوم إقرار في مذكرته . وهكذا يجوز أن يصدر الإقرار إلى وقت النطق بالحكم (١) .

ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى ، فيكون فيها إقراراً قضائياً ، لا يكون في دعوى أخرى ، ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة ، له قوة الإقرار القضائي ، ذلك أن الإقرار القضائي مقصور قوته على الدعوى التي صدر فيها ، فاذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير في دعوى أخرى تالية ، كان الإقرار بالنسبة إلى هذه الدعوى التالية إقراراً غير قضائي . فلو أن خصماً أقر لخصمه أنه اشترى من الغير الأرض التي ينازعه فيها ، وكان هذا في دعوى من دعاوى الحيازة ، فان إقراره هذا يعد إقراراً قضائياً في دعوى الحيازة التي صدر فيها الإقرار . ولو أراد الخصم الذي صدر الإقرار له أن يتمسك بهذا الإقرار في دعوى الملكية ، وهي غير دعوى الحيازة ، كان له أن يفعل ذلك ولكن على أنه إقرار غير قضائي (٢) . ويستقيم هذا الحكم مع تأصيل الإقرار من أنه نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، فقد نزل المقر في دعوى الحيازة عن مطالبة خصمه باثبات شرائه للأرض من الغير ، وإذا كان قد نزل عن هذه المطالبة في دعوى الحيازة فلا يستخلص من هذا نزوله عن المطالبة بهذا الإثبات في دعوى الملكية . فهو قد نزل عن المطالبة بالإثبات في دعوى معينة دون غيرها

---

(١) أما الأقوال التي يبديها الخصم تأييداً لطلباته ، والعبارات التي تصدر منه تعزيزاً لدفاعه فانها لا تعتبر إقراراً قضائياً (بني سويف ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٧) . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن مجرد المناقشات التي تأتي على لسان الخصم في المرافعة لتأييد الوسائل التي يبني عليها دفاعه لا تعتبر إقراراً قضائياً (قضاء مستعجل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٦٦/٢ ص ٣٦٥) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١١٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإقرار القضائي في دعوى يعد إقراراً قضائياً أيضاً في دعوى أخرى ماركاديه م ١٣٥٦ فقرة ٢ وبونبيه ١ فقرة ٣٥٠ ، وانظر في مناقشة هذا الرأي وتفنيده أوبري ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ : والإقرار القضائي الصادر في الدعوى المستعجلة لا يصلح إلا إقراراً غير قضائي في دعوى الموضوع (نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٩٥٠ البلتان المدنية ١٩٥٠ — ١ — ٥٢ فقرة ٧١ — انسيكلوبيدي داللوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٢٨) .

من الدعاوى ، فأثر النزول يجب أن يكون مقصوراً على هذه الدعوى[1] .

كذلك الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعى لايعد إقراراً قضائياً ، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية المكان ، ذلك أن أحكام الاختصاص من ناحية الولاية ومن ناحية الموضوع تعد من النظام العام أما أحكام الاختصاص من ناحية المكان فليست كذلك[2] . فالإقرار أمام محكمة شرعية فى قضية المختص بها هى المحكمة الوطنية لايكون أمام

---

(١) قارن بارتان فى تعليقه على أوبرى ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ — أنظر الموجز للمؤلف ص ٦٨٤ هامش رقم ٣ والأحكام المشار إليها فى هــذا الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار خصم فى قضية وضع اليد لا يعتبر إقراراً قضائياً فى قضية الملك (٧ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨) — وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا أقر شخص بأمر فى دعوى تعزيزاً لحجته فلا يصح التمسك بإقراره فى دعوى أخرى متعلقة بذلك الأمر ، ولا يمكن اعتبار إقراره أكثر من قرينة غير قاطعة تقبل إثبات ما ينقضها (١٧ نوفبرسنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٨٨ ص ٢٠٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج فى الدعوى بإقرار صدر فى دعوى أخرى من أحد الخصمين فى خصوص الحق المدعى به فلم تأخذ المحكمة به ، فلا يصح أن ينعى عليها أنها لم تعتبره إقراراً قضائياً ما دام هو — فضلا عن صدوره فى دعوى أخرى — قد صدر من طرف واحد ولم يصادف قبولا (كذا) من الطرف الآخر (نقض مدنى ٥ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨١ ص ٢٢١) . وقد رأينا أن القبول — خلافاً لمــا ذهبت إليه محكمة النقض — ليس ضرورياً لقيام الإقرار . وقد قضت محكمة المنيا الكلية بأن مجرد إعلان المذكرة من خصم لآخر يكسب هذا الآخر حقاً ، والقول بأن هذا الخصم لا يتمسك بالاعتراف الوارد بها مردود بأنه لا يشترط قبول الخصم للاعتراف حتى تكون له قوة قانونية إذ له قوة فى الإثبات بمجرد حصوله (المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧١ ص ٧٤٧) — أما إذا كان الإقرار الصادر فى إحدى الدعاوى هو فى حقيقته قبول لإيجاب ، فإن هذا القبول يسرى فى أية دعوى أخرى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان يبين من الصور الرسمية لمحضر جلسة دعوى الطرد المقامة من الطاعن قبل المطعون عليه أن ما صدر من هذا الأخير لم يكن إقراراً عن واقعة متنازع فيها ، بل كان قبولا منه لإيجاب من الطاعن انعقد به الاتفاق فعلا بين الطرفين على تحديد ايجار الفدان بمبلغ معين فنزل الطاعن عن دعوى الطرد ، وكانت المحكمة إذ لم تعمل أثر هذا الاتفاق فى دعوى المطالبة بالأجرة أقامت قضاءها على أنه إقرار صادر فى دعوى أخرى ولا يصح التمسك به فى الدعوى الحالية ، فانها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٢١ نوفبر سنة ١٩٥٣ : مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٢ ص ١٧٠) .

(٢) وقد أصبحت قواعد الإختصاص الموضوعى فى تقنين المرافعات الجديد (م ١٣٤) من النظام العام ، وقد كانت كذلك فى تقنين المرافعات المختلط ولم تكن من النظام العام فى تقنين المرافعات الأهلى السابق (انظر الموجز للمؤلف ص ٦٨٤) .

هذه المحكمة الأخيرة إقراراً قضائياً ، بل هو إقرار غير قضائى . والإقرار أمام المحكمة الجزئية فى قضية المختص فيها هى المحكمة الكلية يكون إقراراً غير قضائى بالنسبة إلى هذه المحكمة الأخيرة .

والإقرار خارج إجراءات الدعوى ولو فى الوقت الذى تنظر فيه الدعوى لا يكون إقراراً قضائياً . فلو أن خصما أرسل كتاباً لخصمه ، أثناء نظر الدعوى القائمة بينهما ، يتضمن إقراراً ، وتمسك الخصم المقر له بهذا الكتاب أمام المحكمة ، فان الإقرار فى هذه الحالة يعد إقراراً غير قضائى . كذلك يعد إقراراً غير قضائى مايذكر فى تظلم مرفوع إلى الجهة الإدارية ولو كان هذا التظلم متعلقاً بدعوى كانت مرفوعة وقت تقديم التظلم أمام محكمة مدنية (١) .

الفرع الثانى

حجية الاقرار

٢٥٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٩ من التقنين المدنى على مايأتى :

« ١ — الإقرار حجة قاطعة على المقر » .

« ٢ — ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى(٢) » .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، عدا الفقرة الأولى فقد كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الإقرار حجة قاطعة على من صدر منه » ، فحورت فى لجنة المراجعة تحويراً لفظياً وأصبحت : « الإقرار حجة قاطعة على المقر » . وأصبح رقم المادة ٤٢٢ من المشروع النهائى . وأقرها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٥ و ص ٤٤١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٣/٢٩٨[١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى قانون البينات السورى المادتين ١٠٠ — ١٠١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المـادتين ٤٦٩ـ٤٧٠ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المـادتين ٢٢٦—٢٢٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٩٧[٢] .

---

(١) كانت المادة ٢٣٣/٢٩٨ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لايتجزأ الإقرار الحاصل من الخصم بالمحكمة ، سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه ، بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له » . والتقنين الجديد ، كما نرى ، أدق صياغة وأشمل حكماً . ولـكن لا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٠٠ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ١٠١ : مطابقة للفقرةالثالثة من المادة ٤٠٩ من التقنين المصرى . (وقد عرض القانون السورى فى حجية الإقرار إلى قصورها على المقر لا إلى قطعيتها ، وكل من القصور والقطعية من خصائص الإقرار) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٦٩ : الإقرار حجة قاصرة على المقر— م ٤٧٠ : مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ من التقنين المصرى . (والتقنين العراقى مطابق لقانون البينات السورى).

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٢٦ : يسمى الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذى صرح به الفريق الآخر إلا أنه يفسد نتائجه القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية . وهذا الإقرار يفيد الثبوت التام فيما يختص بالفعل الأصلى ، أما البيانات الإضافية فتعد ثابتة إلى أن يثبت عكسها — م ٢٢٧ : يسمى الإقرار مركباً عند ما يكون واقعاً على الفعل الأصلى وعلى فعل آخر معا ، ويكون غير قابل للتجزئة فى حالة واحدة وهى إذا كان الفعل الجديد يقدر معه وجود الفعل الأصلى كأن يعترف المديون الذى أقيمت عليه دعوى الإيفاء بأنه اقترض المبلغ المدعى به ولـكنه يزيد على اعترافه أنه أوفاه فيما بعد ، فالقاضى يعد فعل الاقتراض ثابتا على وجه نهائى ، أما الإيفاء فيعد ثابتا إلى أن يثبت عكسه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى ، وإن كانت أكثر تفصيلا ولها صبغة فقهية واضحة) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٧ : ١ — الإقرار حجة قاطعةعلى المقر ٢ — وإذا اقترن الإقرار الصـــادر من أحد الطرفين عن وقائع ليست لصالحه بالتصريح بوقائع أخرى أو بظروف يراد منها الحد من أثر الواقعة المقر بها أو تغييرها أو إزالة آثارها ، فلكامل الإقرار وما اقترن به قوة البينة الكاملة إذا لم يطعن الطرف الآخر فى صحة ما أضيف من وقائع أو ظروف . ويترك للقاضى عند الاختلاف ، تقدير قوة الإقرار كبينة . (ومن ذلك نرى أن التقنين الليبى ترك للقاضى تقدير ما إذا كان الإقرار يتجزأ على صاحبه أو لا يتجزأ ، ولم يضع لذلك معياراً تشريعياً كما فعل التقنين المصرى) .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥٦[١] .

٢٥٤ — مسائل ثلاث : ويتبين من نص التقنين المدنى السالف الذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، وهو أيضاً حجة قاصرة عليه . ثم إن الإقرار فى الأصل لا يتجزأ على صاحبه ، ومع ذلك يتجزأ الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة دون أن يستلزم وجود واقعة منها وجود الوقائع الأخرى .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) الإقرار حجة قاطعة على المقر . (٢) الإقرار حجة قاصرة على المقر . (٣) تجزئة الإقرار .

المبحث الأول

الاقرار حجة قاطعة على المقر

٢٥٥ — الاقرار حجة قاطعة على المقر لا يقبل اثبات العكس ، وهو ذو أثر كاشف : إذا توافر للإقرار أركانه على الوجه الذى بيناه ، صار إقراراً قضائيا ، وكان حجة قاطعة على المقر . ومعنى ذلك أن الواقعة التى أقر بها الخصم تصبح فى غير حاجة إلى الإثبات ، ويأخذ بها القاضى واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذى أقر بها[٢] . والإقرار لا يكون حجة للمقر لأن الشخص

---

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٦ : وهو (الإقرار) حجة قاطعة على من صدر منه . ولا يجزأ عليه . ولا يجوز له الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط فى الواقع ، أما الغلط فى القانون فلا يصلح حجة للرجوع .

Art. 1356 el. 2 et 3 : Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Il ne peut être divisé contre lui. Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

(٢) والقاضى قد يأخذ بالإقرار فيما يكون من غير اختصاصه . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان القاضى المدنى ممنوعاً من أن يضع نفسه موضع القاضى الشرعى فى تحقيق الوفاة والوراثة بطريق التحريات وسماع الشهود واستدعاء الورثة لسماع أقوالهم ثم التقرير بالوراثة بناء على ما يثبت له — أنه وإن كان ممنوعاً من ذلك ، له ، ابتغاء التحقيق من صفة الخصوم فى الدعوى =

لا يصطنع الدليل لنفسه ، ولا يكون إلا حجة عليه .

والحجة هنا قاطعة ، لايجوز إثبات عكسها . ولكن هذا لايمنع من أن يطعن المقر فى إقراره بأنه صورى تواطأ عليه مع خصمه ، أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه ، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية . فاذا أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار ، ولا يكون هذا رجوعاً فى إقرار موجود ، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه . أما الإقرار القائم الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ، ولا يجوز إثبات عكسه ، فهو إذن حجة قاطعة على المقر(١) .

وأثر الإقرار كاشف لامنشيء . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار لايكون سبباً لمدلوله ، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه فى زمن سابق . فحكمه ظهور ما أقر به المقر ، لا ثبوته ابتداء(٢) .

٢٥٦ — تأصيل الحجية القاطعة للإقرار — اعفاء الخصم من الاثبات ونزول عن مطالبته به : واختلف النظر فى تأصيل الحجية القاطعة للإقرار . فالفقيهان أوبرى ورو — ومعهما أكثر الفقهاء — يذهبان إلى أن الإقرار هو قلب لعبء الإثبات (renversement de la charge de preuve) ، وبعد أن كان من يدعى واقعة يطالب باثباتها ، فان إقرار خصمه بهذه الواقعة ينقل عبء الإثبات منه إلى المقر . والمقر بعد إقراره هو الذى يحمل إثبات أن إقراره غير صحيح ، وذلك بالطعن فى الإقرار بوجه من الوجوه التى تقدم ذكرها . ولما كانت

= المطروحة أمامه ، أن يأخذ فى إثبات الوراثة بإقرار أحد الخصمين فى مجلس القضاء ، سواء أكان ذلك الإقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون فى ورقة رسمية ، وذلك دون أن يرسل أولئك الخصوم أمام المحكمة الشرعية للفصل فى أمر الوراثة . وأخذه بهذا الإقرار لا افتيات فيه على اختصاص القاضى الشرعى لدخوله فيما له من الحق فى تقدير الدليل المقدم فى الدعوى التى تحت نظره (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٩ ص ١٠٨) .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١١٣ .

(٢) نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٣ ص ١٠٤٦ — وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت محكمة الموضوع فى حكمها أن الإقرار المسند للمقر هو إخبار صادق عن حقيقة واقعية لا شبهة فيها ولا شك ، فلا يضير هذا الإخبار الصحيح أن يكون قد أعطى شكل عقد بيع (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨) .

هذه الوجوه يندر تحققها ، فقل أن يكون الإقرار صورياً وقل أن يشوبه عيب أو نقص فى الأهلية ، فان الإقرار يصبح إذن ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، ليس قلباً لعبء الإثبات فحسب ، بل إعفاء من الإثبات(dispense de preuve). ذلك أن الخصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها . فاذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان هذا معناه أنه يعفيه من هذا الإثبات . فتصبح الواقعة ثابتة ، لا لأن دليلا أثبتها ، بل لأنها فى غير حاجة إلى الإثبات [1] .

ويضيف بارتان [2] إلى ذلك أن التأصيل على النحو المتقدم يتضمن حتماً أن المقر ، وهو يعفى خصمه من إثبات ما يدعيه ، ينزل فى الوقت ذاته عن حقه فى مطالبة خصمه بهذا الإثبات . وهذا هو التأصيل الذى وقفنا عنده ، عندما قررنا أن الإقرار واقعة قانونية تتضمن تصرفاً قانونياً هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بالإثبات [3] .

---

(١) ويبدو أن محكمة النقض تذهب هذا المذهب ، فقد قضت بأن القانون يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها ، فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لها وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فإنها تكون قد خالفت القانون باقتضائها دليلا على أمر معترف به (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٣ ص ٢٦٠) .

(٢) بارتان فى تعليقاته على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر .

(٣) غير أن بارتان لا يكتفى بهذا التأصيل حتى مع هذه الإضافة ، فإن الإقرار إذا اعتبر نزولا عن حق المطالبة بالإثبات يكون عندئذ دليلا سلبياً . ويقول بارتان (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر) : ولكن الواقع هو أن الإثبات دليل إيجابى ، فإن المقر لا يقتصر على النزول عن حقه فى مطالبة المدعى بالإثبات ، بل هو أيضاً يقدم دليلا إيجابياً على صحة الواقعة المدعى بها ، وذلك عن طريق الإقرار — إذ الإقرار يتضمن واقعتين : واقعة الإقرار ذاتها (le fait de l'aveu) ، والواقعة المعترف بها (le fait avoué) . فواقعة الإقرار ذاتها هى الثابتة بقول المقر . ولا يمكن تعليلها بأفضل من أنها مطابقة للواقعة المعترف بها ، وإلا لما اعترف بها المقر وهى ضد مصلحته . ومن ثم تكون واقعة الإقرار (le fait de l'aveu) قرينة قانونية قاطعة على صحة الواقعة المعترف بها (le fait avoué) . (أنظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٢ ص ١٠٣٥ — ص ١٠٣٦ دى باج ٣ ص ١٠٣٧ — ص ١٠٣٨) . ولهذا عد التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٥٠ الإقرار ضمن القرائن القانونية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه المسألة ما يأتى : « والأصل =

٢٥٧ — قد يكون الاقرار مبدأ ثبوت بالكتابة: وإذا كان الإقرار حجة قاطعة بالواقعة التي تضمنها بالذات، فانه يصلح أيضاً أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات. وقد سبق إيراد هذه القاعدة وأمثلتها. ويسوق أوبرى ورو لها مثلا إقرار الزوج بتوكيل زوجته بقبض الفوائد، فهذا الإقرار حجة قاطعة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض الفوائد، ومبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض رأس المال [1]. وسنرى أيضاً فيما يلي أن الإقرار غير القابل للتجزئة — الإقرار الموصوف وبعض صور الإقرار المركب — إذا كانت تجزئته غير ممكنة، فان هذا لا يحول دون اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة [2].

المبحث الثاني

الاقرار حجة قاصرة على المقر

٢٥٨ — الاقرار حجة على المقر والخلف العام ولا يتعدى الى غيرهما: ولما كان الإقرار هو إعفاء من الإثبات ونزول عن المطالبة بهذا الحق، فهو من هذه الناحية تصرف قانونى يقتصر أثره على المقر [3]. ويتعدى أثر الإقرار إلى ورثة المقر بصفتهم خلفاً عاماً له، فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه إقراره [4].

= وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو أنكرت. ولما كان الإقرار اعترافاً بواقعة قانونية، فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها، لأنها ليست متنازعة أو مجحودة، بل هى مسلمة معترف بها. فالإقرار ليس دليلا بمعنى الكلمة، بل هو وسيلة تقيل من الالتجاء إلى طرق الإثبات التى شرعها القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٨ هامش رقم ٣٥ .

(٢) نقض مدنى ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ — أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٨ .

(٣) وقد نصت المادة ٤٦٩ من التقنين المدنى العراقى على أن « الإقرار حجة قاصرة على المقر » (انظر أيضاً المادة ١٠٠ من قانون البينات السورى) وقد قدمنا أن كلا من الإقرار واليمين حجيته قاصرة، أما الكتابة والبينة والقرائن فحجيتها متعدية .

(٤) نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠ — على أن الوارث يستطيع أن يثبت عدم صحة إقرار مورثه بجميع الطرق إذا كان فى هذا الإقرار =

ولا يتعدى أثر الإقرار إلى غير المقر وورثته [1] . فلا يتعدى إلى الدائن [2] ، أو الشريك أو الورثة فيما بينهم . فلو أقر أحد الشركاء فى الشيوع بتصرف الشركاء فى الملك الشائع ،كان إقراره بهذا التصرف حجة عليه وحده، ولا يكون حجة على الشركاء الآخرين الذين لم يصدر منهم إقرار . ولو أقر أحد الورثة بحق على التركة، فان إقراره يكون حجة عليه دون سائر الورثة [3] . ولو أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين (م ٢٩٥ فقرة أولى مدنى) ، ويكون الإقرار حجة قاصرة على المدين الذى صدر منه الإقرار .

والدائن والخلف الخاص ، بخلاف الورثة ، لايتعدى إليهما أثر الإقرار كما قدمنا . فاذا أقر المدعى عليه فى دعوى استحقاق دار بملكية الدار للمدعى ، لم يكن هذا الإقرار حجة على دائنه ، ويجوز للدائن أن يتدخل فى الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح ، حتى تبقى الدار لمدينه فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين . كذلك إذا كان المدعى عليه فى المثل المتقدم قد باع الدار لآخر ، ثم رفعت عليه دعوى الاستحقاق وأقر بملكية الدار للمدعى؛ فان هذا الإقرار

= احتيال على القانون ، كما إذا قصد المورث بإقراره إيثار بعض الورثة على بعض بأكثر من النصاب الذى يجوز فيه الإيصاء . وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لإهدار حجية هذه الإقرارات، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩) . وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسرى عليه ، غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ، فلا يجوز اعمال أثره على من عداهم (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٥ ص ٣١٧) .

(٢) فللدائن أن يثبت بجميع الطرق صورية الإقرار الصادر من المدين إضراراً بحقه . أما إذا لم يثبت الدائن عدم صحة إقرار المدين ، فان الإقرار يسرى فى حقه كما يسرى فى حق الورثة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٣) .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها فى هامش رقم ٣ من الصفحة ذاتها .

يكون حجة قاصرة عليه دون المشترى ، ويستطيع هذا أن يتدخل فى الدعوى ليثبت أن الإقرار لاصحة له حتى تخلص له ملكية الدار . وفى الحالتين المتقدمتين إذا حكم فى الدعوى بمقتضى إقرار المدعى عليه قبل أن يتدخل الدائن أو المشترى ، فلهذين الاعتراض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة وفقاً لأحكام المواد ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من تقنين المرافعات ، لإثبات عدم صحة الإقرار الصادر من المدعى عليه إذ هو حجة قاصرة عليه لا تتعدى إليهما ، ذلك أن الدائن أو المشترى كان وقت صدور الحكم ممن يتعدى إليهم الحكم ويعتبر حجة عليهم ، ومن ثم يثبت له حق الاعتراض .

أما الورثة ، فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار وقبل الحكم فى الدعوى ، فان الإقرار لا يكون حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق حتى تبقى الدار فى التركة . ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفى مواجهته ، فانه يسرى على الورثة ولا يثبت لهم حق الاعتراض . ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان الحكم يسرى فى حقهم باعتبارهم خلفاً عاماً ، فيبقى الحكم سارياً فى حقهم حتى بعد موت المورث وقيام حقهم فى الإرث .

٢٥٩ — الإقرار لا يكون حجة على المقر لصالحه : ويبقى الإقرار حجة قاصرة على المقر حتى بالنسبة إلى المقر لصالحه . ذلك أن الإقرار إذا كان حجة للمقر لصالحه ، فانه لا يكون حجة عليه . فلو أن المدين أقر لدائنه بالدين ، وقال إنه وفاه أو أن الدين سقط بعد ذلك بالمقاصة ، فلا يكون قوله إنه وفاه أو أن الدين سقط بالمقاصة حجة على الدائن[1] . وهذا ما يعرف بالتجزئة فى الإقرار ، وننتقل الآن إليه .

---

(١) وفى الفقه الإسلامى الإقرار حجة قاصرة على المقر . جاء فى البدائع : « ... لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى » (البدائع ٧ ص ٢٢٨) . ولذلك أجاز الفقهاء سماع البينة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والبينة متعدية . جاء فى كتاب طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم فى هذا الصدد : « ومن أمثلة ذلك : (ا) إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت ، فأراد الدائن إقامة البينة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة ، كان له ذلك . وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت ، تقبل أيضاً بينة الدائن ، لأنه كما يحتاج إلى إثبات الدين =

المبحث الثالث

التجزئة فى الاقرار

٢٦٠ — **الاقرار البسيط** : إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعى للمدعى عليه فى جميع ما ادعاه ، فان الإقرار يكون فى هذه الحالة إقراراً بسيطاً محضاً (aveu pur et simple) ، ولا محل إذن للنظر فيما إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ . فلو أن المدعى قال فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ولم يزد على ذلك شيئاً ، كان هذا إقراراً بسيطاً ، وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . كذلك إذا قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة وفى منها خمسين فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ووفى منها الخمسين ، أو قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين فأقر المدعى عليه أنه اقترض المائة مؤجلة إلى السنتين ، كان الإقرار فى هاتين الحالتين بسيطاً وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . ولا محل هنا للنظر فى تجزئة الإقرار ، فان الوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً ولم يضف إليها شيئا ، ففيم إذن تكون التجزئة !

= فى حقهم يحتاج أيضاً إلى إثباته فى حق دائن آخر . (ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان ، فصدقه المدين ، ثم أراد الوكيل إقامة البينة على الوكالة ، كان له ذلك ، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة ، أى لا تبرأ ذمة المدين . فالفائدة من البينة عائدة على المدين ، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تثبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا هلك كان هلاكه هلاك الأمانة . . . (ج) فى الاستحقاق تقبل البينة مع إقرار المشترى ، ليتمكن من الرجوع على بائعه ، لأنه إذا أقر بالملك المستحق لايتمكن من الرجوع بالثمن على البائع ، لكن لو أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية . (د) لو أقر الوارث للموصى له تسمع عليه البينة مع إقراره ، كى يتعدى الحكم إلى غيره . (هـ) لو أقر المدين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ إقراره ، لكن لو أقام الدائن المقر له بينة على دينه سمعت . (و) إذا ادعى عقاراً فى يد غيره ملكاً مطلقاً وذو اليد مقر بوضع يده ، فانه مع هذا يجب على المدعى أن يقيم البينة على وضع يد المدعى عليه على ذلك العقار ، منعاً للتواطؤ والاحتيال على أخذ أموال الناس بالباطل» (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥) .

٢٦١ — الإقرار الموصوف : لكن إذا أقر المدعى عليه ببعض ما ادعاه المدعى دون بعض أو أضاف شيئاً ، فهنا تقوم الحاجة إلى النظر فى التجزئة . ذلك أن المدعى قد يقول فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين كما قدمنا ، وقد حل الأجل فاستحق الدفع . ويقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكن مؤجلة إلى ثلاث سنوات لا إلى سنتين ، فلم يحل الأجل ولم يستحق الدفع . فالإقرار هنا لايكون إقراراً بسيطاً ، بل يكون إقراراً موصوفاً (aveu qualifié) . ذلك أن المدعى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذى ذكره المدعى ، وهو دين مؤجل إلى سنتين وقد حل أجله فأصبح مستحقاً ، بل أقر بالدين معدلا أى موصوفاً ، فقال إنه دين مؤجل إلى ثلاث سنوات ولم يحل الأجل فلم يصبح مستحقاً . والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين ، إذ الدائن يطالب بدين حال ، والمدين يقر بدين لم يحل . وقد يطالب الدائن أيضاً بدين منجز ، ويقر المدين بدين معلق على شرط . فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً للدين ، فهو وصف فى الإقرار ، ولذلك سمى الإقرار موصوفاً .

والذى تجب مراعاته فى الوصف هو أن يكون مقترناً بالدين وقت نشوئه ، لا أن يكون حادثاً جد بعده . والأجل والشرط وصفان يقترنان بالدين وقت نشوئه ، لايجدان بعده ، ومن ثم يكون الإقرار المتضمن لهما إقراراً موصوفاً[(١)] .

وحكم الإقرار الموصوف أنه لايتجزأ على صاحبه . فقد أقر المدين بالدين مؤجلا أو معلقاً على شرط ، فاما أن يأخذ الدائن الإقرار كله موصوفاً كما هو ، وإما أن يدعه كله . وليس له أن يجزئه ، فيقتصر على إقرار المدين بالدين ويدع الوصف الذى دخل على الدين من أجل أو شرط . ويمتنع عليه إذن أن يقول إن المدين أقر بالقرض فهو ثابت فى ذمته باقراره ، وعليه الآن أن يثبت أن القرض موصوف بأجل أو شرط . وإنما للدائن إما أن يأخذ بالإقرار كله ، فيعتبر الثابت هو الدين موصوفاً بالأجل أو الشرط ، وإما أن يطرحه

---

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٥ — كذلك إذا أقر المدين بالدين دون فوائد ودعوى الدائن أن الدين بفائدة ، فهذا أيضاً إقرار موصوف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٠) .

كله ، فلا يعتبر الدين ثابتاً أصلا بالإقرار . وعليه إذا اطرح الإقرار أن يحمل عبء إثبات ما ادعاه ، فيعود إلى سيرته الأولى إذ هو مدع يحمل عبء الإثبات ، وقد كان بالإقرار الذى اطرحه معفى من هذا العبء . وفى هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت الدين ، وعلى المدين أن يثبت الأجل أو الشرط [١] . ويجوز أيضاً أن يتخذ الدائن من الإقرار طريقاً لإثبات القرض فى ذاته ، ثم يثبت هو — لا المدين — أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معلق على شرط . وهذا كله مقصود من القول بعدم تجزئة الإقرار . فالدائن بالخيار ، إذا لم يرد الأخذ بالإقرار كله ، بين أن يطرحه كله ويحمل عبء إثبات دعواه كما لو لم يكن هناك أى إقرار ، وبين أن يستبقى من الإقرار ما هو فى صالحه ويدحض بدليل يقدمه هو ما ليس فى صالحه من الإقرار . والممتنع هو أن يستبقى ما هو فى صالحه ويلقى على المقر عبء إثبات ما ليس فى صالحه ، فان هذا يعتبر تجزئة للإقرار ، ولا تصح التجزئة فى الإقرار الموصوف .

٢٦٢ — **الإقرار المركب** : وإذا قال المدعى فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، وأقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكنه وفاها أو وفى

---

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣١ . وقد قضى بأنه لا يجوز التمسك بعدم تجزئة الإقرار إذا قام على الواقعة المراد إثباتها دليل آخر : استئناف مختلط ٣٠ ينايرسنة ١٨٩٠ م ٢ ص٢٦١ — ١٦ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٩ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٣ — ٢٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٤ — ١٧ نوفبرسنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ — ١٨ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ — أول فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٢ — استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣ . وقضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يصح الاعتراض بمخالفة قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار إذا كانت الدعوى قد ثبتت من طريق آخر غير الإقرار (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . كذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مفهوم الإقرار الصادر من المدعى عليه (صاحب البناء) أنه اشترط عدم دفع الأجر عن الرسوم التى يقوم بها المدعى (مهندس) إلا إذا قبلها هو وأجرى البناء على أساسها ، فإنه يكون من الإقرارات الموصوفة التى لا تقبل التجزئة ، متعيناً الأخذ به كله أو تركه كله . فاذا كان المدعى لا يسلم بالقيد الوارد فى الإقرار ، فلا يقبل منه أن يستند إلى الإقرار فيما عدا هذا القيد ، بل يكون عليه أن يثبت دعواه من طريق آخر ، فإن تجزئة الإقرار والأخذ بشق منه وإلزام المدعى عليه بدفع الأجر مع اطراح القيد الوارد فيه ، ذلك مخالف لقواعد الإثبات (نقض =

جزءاً منها ، فان الإقرار هنا يكون إقراراً مركباً (aveu complexe) . والفرق بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف — وكل منهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها — أن في الإقرار الموصوف تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية كما قدمنا ، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه ، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل تجد بعدها ، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء وهي الواقعة المرتبطة بها ، ولكن واقعة الوفاء لم تقترن بواقعة المديونية من وقت نشوئها ، بل جدت بعدها إذ حصل الوفاء بعد أن وجدت المديونية [١] .

والأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه [٢] . فاذا أقر المدين أنه اقترض المائة ولكنه وفاها ، فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله [٣] . فاذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين وخسر الدائن دعواه ، إذ يكون قد ثبت أن الدين كان موجوداً ولكن المدين وفاه . وإذا اطرح الدائن الإقرار كله ، اعتبر الإقرار كأن لم يكن ، وكان على الدائن أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء . ويجوز أيضاً للدائن — كما قدمنا في الإقرار الموصوف — أن يستبقي الإقرار بالقرض ، ويحمل هو عبء إثبات أن المدين لم يقم بوفائه . والممتنع هو أن يستبقي الإقرار بالقرض ويلقي عبء

= مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٤ ص ٢٢٧) . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠) .

ويلاحظ أن الدائن إذا اطرح الإقرار كله ، وأراد أن يثبت الدين بطريق آخر ، فإن له أن يتخذ الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما له أن يفعل ذلك عند اطراح الإقرار المركب غير قابل للتجزئة على ما سنرى .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢١ هامش رقم ٢٥ مكرر ٣ و ص ١٢٥ .

(٢) ذلك أن الأصل في الإقرار بوجه عام عدم التجزئة : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤ — ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١١ — ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٥٩ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٦ — ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ — ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٢ .

(٣) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٣ .

إثبات الوفاء على المدين ، فان هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة .

وكذلك يكون الحكم فيما إذا أقر المدين بأنه اقترض المائة ولكن الدين انقضى بالتجديد(١) أو انقضى بالإبراء . فى هاتين الحالتين لا يتجزأ الإقرار على صاحبه. ولا يجوز للدائن أن يستبقى من الإقرار ما هو فى صالحه ، ويلقى عبء إثبات إما ليس فى صالحه على المدين ، فيستبقى ثبوت القرض بالإقرار ويطلب من المدين إثبات التجديد أو الإبراء . وعليه أن يأخذ بالإقرار كله فتكون ذمة المدين قد برئت من الدين ، أو يطرحه كله فعليه هو أن يثبت القرض وعلى المدين أن يثبت التجديد أو الإبراء ، أو يستبقى القرض ثابتاً بالإقرار وعليه هو أن يثبت أن التجديد أو الإبراء الذى يدعيه المدين لا صحة له (٢) ، فاذا اطرح الإقرار كله وأراد أن يثبت القرض ، كان له أن يعتبر الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة للقرض يعززه بالبينة والقرائن (٣) . أما إذا استبقى القرض ثابتاً بالإقرار ، وأراد أن يثبت أن التجديد أو الإبراء لا صحة له ، فلا يجوز فيما يزيد على عشرة جنيهات أن يثبت ذلك إلا بالكتابة (٤) .

فى هذه الأحوال الثلاثة — الإقرار بالمديونية مع وفاء الدين والإقرار بها مع التجديد والإقرار بها مع الإبراء — يوجد إقرار مركب من واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها ، وحكم هذا الإقرار أنه لا يتجزأ على صاحبه كما رأينا . والمشترك فى هذه الأحوال الثلاثة أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتما وجود الواقعة

---

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الإقرار لا تحول دون اعتباره مقدمة إثبات بالكتابة (نقض مدنى ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧) .

(٤) ويمثل الفقيهان أوبرى ورو لعدم جواز إثبات الواقعة المرتبطة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها بالوديعة الاختيارية فيما تزيد قيمته على نصاب البينة ، فإذا أقر حافظ الوديعة بأنه تسلم الوديعة ولكنه ردها ، لم يجز للمودع أن يثبت عدم الرد إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فاذا كانت الوديعة اضطرارية ، وأقر حافظ الوديعة بأنه تسلمها ولكنه سلمها للشخص الذى عينه المودع ، جاز للمودع أن يثبت بجميع الطرق أن حافظ الوديعة لم يسلمها إلى هذا الشخص (أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٠ هامش رقم ٣٨ — وانظر أيضاً تعليق بارتان فى انطباق هذه الأحكام على التفسير الذى يقول به من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به فى ص ١٢٩ هامش رقم ٣٦) .

الأصلية . فالوفاء بالدين يستلزم حتما وجود الدين قبل ذلك ، وكذلك تجديد الدين والإبراء منه كل منهما يستلزم حتما سبق وجود دين حصل فيه التجديد أو وقع فيه الإبراء . ومن ثم لا يمكن للواقعتين ، الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة بها ، أن تنفك إحداهما عن الأخرى ، فهما متلازمتان ولا تصح فيهما التجزئة . أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية ، فلا تلازم ما بين الواقعتين ، ويمكن تصور وقوع إحداهما دون وقوع الأخرى ، ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر(١) . فالمدين هنا قد أقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة القرض ، وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين . وظاهر أنه لا تلازم ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة ، ومديونية المدين للدائن لا تستلزم حتما مديونية الدائن للمدين ، كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتما مديونية المدين للدائن ، إذ أن الدين الذى يدعيه الدائن منفصل عن الدين الذى يدعيه المدين ، ووجود أحدهما لا يستلزم وجود الآخر . ومن ثم كان الفصل بينهما ممكناً ، وصحت التجزئة فى الإقرار . فاذا أقر المدين بالقرض ، ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة ، كان للدائن فى هذه الحالة أن يجزىء الإقرار على المدين . فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو فى صالحه فقط ، وبذلك يكون القرض ثابتاً بالإقرار ، ولا يكلف الدائن عبء إثباته . أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به ، ولا ينتقل عبء الإثبات فيه إلى الدائن ، بل المدين هو الذى يكلف باثباته إذا أصر عليه . ويكون إذن على المدين أن يثبت أن له ديناً فى ذمة الدائن كان سبباً فى وقوع المقاصة . فان عجز عن إثبات ذلك بقى الإقرار قائما فى إثبات القرض . ويكون الإقرار قد تجزأ على هذا النحو ، أخذ منه الدائن ما هو فى صالحه ، وألقى عبء إثبات ما ليس فى صالحه على المدين(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٠ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن يقر المدعى عليه بالعمل غير المشروع الذى صدر منه ، ولكنه يقول أنه صدر دفاعاً عن النفس . فيتجزأ إقراره ، وعليه أن يثبت هو أنه كان فى حالة دفاع شرعى تعفيه من المسئولية المدنية .

هذا ويجوز للقاضى تفسير الإقرار الغامض ، ولا يعد هذا تجزئة له (أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٠ — ص ١٣١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢١) — كذلك تصح تجزئة الإقرار =

والمعيار الذى اتخذناه هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعى ذكره التقنين المدنى الجديد كما رأينا فى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ حيث يقول : « ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى (١) » . ولا تزال هذه المسألة محل خلاف فى الفقه

= إذا كانت الواقعة المرتبطة غير محتملة التصديق أو كانت متعارضة مع الواقعة الأصلية (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٢ — قارن أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٨ — وقارن أيضاً دى باج ٣ ص ١٠٤٧ — ص ١٠٥٧) .

ويلاحظ أن ما قدمناه من الأحكام فى تجزئة الإقرار إنما يكون فى المسائل المدنية . أما فى المسائل الجنائية فالإقرار تجوز تجزئته دائما ، ويأخذ منه القاضى ما يقتنع بصدقه ويطرح مالا يرى صحته . وهذا ما لم تكن الجريمة قائمة على أساس عقد مدنى — كالتبديد — فإثبات هذا العقد عن طريق الإقرار يخضع للقواعد المدنية فى تجزئة الإقرار على النحو الذى قدمناه (أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٢ هامش رقم ٢٥ مكرر ٤ — نقض جنائى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/٩٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٥٩ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٩ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٢) .

(١) ولم يكن المشروع الأولى للإثبات الذى سبق المشروع التمهيدى يفسح مجالا لتجزئة الإقرار ، بل كان يقضى بأن الإقرار لا يتجزأ . فكانت المادة ٣٨ من هذا المشروع تنص على أن « الإقرار لا يتجزأ على صاحبه » . وكانت المادة ٣٩ من المشروع تنص على أنه « لا محل لعدم التجزئة : (١) إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر مستقل عن الإقرار (٢) إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين (٣) إذا تقدم ، وفقاً للقواعد العامة ، دليل لإثبات عكس أحد العناصر التى يتكون منها الإقرار » . لذلك جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تشرح فى الواقع المشروع الأولى ، دون نظر إلى ما أدخل على هذا المشروع من تعديل . فورد فيها ما يأتى : « وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب ، أى مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف . إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الإقرار ، موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف ، إذ لولاه لما صدر الاعتراف . ثم إن الإقرار بأسره هو الذى يعتبر حجة ، لا جزء منه فحسب . ويترتب على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره . وقد نصت بعض التقنينات على استثناءات من حكم القاعدة العامة فى عدم تجزئة الإقرار . بيد أن إمعان النظر فى هذه الاستثناءات يكشف عن خلوها عن معنى الشذوذ عن حكم الأصل لأنها لا تتعلق بإقرارات مركبة ، ومسألة التجزئة لا تعرض إلا عند التراكب . فقاعدة عدم تجزئة الإقرار قاعدة عامة لا يرد على إطلاقها قيد أو حد» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٧ =

الفرنسي[1] . وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق يطبق هذا

= ص٤٣٨) . وواضح أن هذا إنما يصلح تقريراً لأحكام المشروع الأولى قبل أن يعدل فى المشروع التمهيدى بإدخال التعديل الخاص بجواز تجزئة الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٧٩ هامش رقم ١) . أما ما أوردته المادة ٣٩ من المشروع الأولى من أحكام ، فهى نفس الأحكام التى أوردناها فى خصوص عدم تجزئة الإقرار ، لا فى خصوص تجزئته . فأن الإقرار يبقى غير قابل للتجزئة حتى إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر غير الإقرار ، وحتى لو ثبت عكس أحد العناصر الذى يتكون منها الإقرار . أما إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين ، فالأخذ بإقرار دون آخر ليس تجزئة لإقرار واحد ، بل هو فصل ما بين إقرارين متميزين .

(١) والكثرة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه إذا كانت الواقعة المرتبطة ليست إلا النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية ، بحيث يكون حصول الواقعة المرتبطة يستلزم حتماً (suppose nécessairement) سبق حصول الواقعة الأصلية ، كان الإقرار غير قابل للتجزئة ، وذلك كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه انقضى بالوفاء أو بالتجديد أو بالإبراء . فإذا كانت الواقعة المرتبطة مستقلة كل الاستقلال عن الواقعة الأصلية ، فان الإقرار يتجزأ ، كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة . وهذا هو المعيار الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد كما رأينا (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٣— ص ١٢٥ — تولييه ٥ فقرة ٣٣٩ — لاروميير م ١٣٥٦ فقرة ١٥ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥١١ وفقرة ٥١٣ — لوران ٢٠ فقرة ١٩٣ — ماركاديه م ١٣٥٤ و م ٢/١٣٥٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧١٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٦) .

وهناك فريق من الفقهاء يذهبون إلى أن الإقرار إنما يكون غير قابل للتجزئة إذا كانت الواقعة المرتبطة تقابل تماماً (correspond exactement) الواقعة الأصلية ، كالوفاء يقابل وجود الدين . فاذا لم يكن هناك تقابل تام ما بين الواقعتين ، تجزأ الإقرار . فيتجزأ إذن ، ليس فحسب فى حالة ما إذا كانت الواقعة المرتبطة هى المقاصة ، بل أيضاً إذا كانت هى التجديد أو الإبراء . أما فى حالة الوفاء فلا يتجزأ الإقرار لأن التقابل تام ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة (تعليقات بارتان على أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٤ هامش رقم ٢٦ مكرر ، بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٤٥ — ص ١٠٤٦ — قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٩١ . ويشير بارتان إلى أن نظرية أوبرى ورو فى تجزئة الإقرار هى أكثر اتفاقاً مع ما ذهب هو إليه من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به : أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٠ هامش رقم ٢٥ مكرر) .

ويذهب دى پاج إلى العكس من ذلك فيجعل الإقرار غير قابل للتجزئة ، لا فى حالات الوفاء والتجديد والإبراء فحسب ، بل أيضاً فى حالة المقاصة ذاتها . فعنده أن الإقرار ، بسيطاً كان أو موصوفاً أو مركباً ، لا يتجزأ ، دون أى استثناء (دى باج ٣ ص ١٠٤٧ — ص ١٠٥٧) وهذا هو الرأى الذى كان المشروع الأولى للاثبات قد أخذ به كما قدمنا ، والظاهر أنه كان منقولا عن دى باج .

المعيار[1] . ومهما يكن من أمر فقد أحسن المشرع المصرى صنعا إذ حسم

(١) الموجز للمؤلف فقرة ١٥٩ . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الإقرار إما أن يكون بسيطاً أو تاماً ، وإما أن يكون موصوفاً أو معدلا ، وإما أن يكون مركباً . فالبسيط هو الاعتراف بالحق كاملا . والإقرار الموصوف هو عدم الاعتراف بالأمر المدعى به كما هو ، كما إذا ادعى شخص على آخر بدين فاعترف به الأخير ، إنما قال انه دين قمار ، ومثل هذا الإقرار غير قابل للتجزئة — أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة الأصلية غير معدلة ولا موصوفة ، وإنما هى مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها يصح أن تعتبر نفياً لها. فاذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ، بحيث ان حصولها لا يتحتم معه وجود الأولى ، فليس هناك مايمنع من تجزئة الاعتراف ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف الآخر به ، وإنما ادعى بالمقاصة فيه ، فانه فى هذه الحالة يلزم المقر باثبات الدين الذى له بالطرق المعتادة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٣ ص ٩٣٧) . وقضت محكمة ملوى بأن تجزئة الإقرار جائزة فى أحوال معينة منها : (أولا) إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث أن حصولها لا يؤثر على كيان الأولى وو جودها لاختلاف موضوعهما أو طبيعتهما أو الأشخاص الذين تعلقت بهم كل واقعة . فاقرار أحد الورثة باستلام مبلغ مخلف عن المورث ضمن التركة الموروثة ، وادعاؤه فى وجه الورثة الذين لهم نصيب فيه بأنه دفعه فى ديون كانت على المورث هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، لأن ادعاء السداد لدائنى التركة هى واقعة غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ارتباطاً لايقبل التجزئة لاختلاف موضوع كل واقعة من الواقعتين لتباين الأشخاص فى كليهما ، ولما تستلزمه الواقعة التى أردف بها الإقرار من تحقيق ديون الدائنين وسببها ومقدارها وترتبها فى الذمة . (ثانيا) وقوع تناقض فى أقوال المقر ، أو إذا كانت الواقعة التى أضافها لإقراره ظاهرها الغش أو الكذب (٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٣١/٢ ص ٤٤٦) . وقضت محكمة طنطا الكلية بأنه من المقرر قانوناً أن الإقرار إذا كان جنائياً، فانه يقبل التجزئة . والعلة التى أجاز المشرع من أجلها تجزئة الإقرار الجنائى هى أنه ليس حجة فى ذاته ، بل هو خاضع لتقدير القاضى واقتناعه ، فله أن يفحص كافة أجزائه ولا يأخذ منها إلا بما يقنعه ، وله أن يرفضه بأكله أو يرفض بعضه فقط ويقتنع بالبعض الآخر . ومع ذلك يكون الاعتراف الجنائى غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقداً من العقود المدنية وتتوقف عليه الجريمة وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدنى . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائى لكى يترك للقاضى الجنائى الحرية فى تكوين عقيدته للحكم فى الدعوى الجنائية وفى سبيل الحكم فيها ، ولايمكن أن يؤخذ بهذه التجزئة للفصل فى دعوى مدنية تكون مرتبطة بها (أول مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرار المركب لا يتجزأ إذا كانت الواقعة المرتبطة هى النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية . أما إذا كانت الواقعتان مستقلتين كل منهما عن الأخرى بحيث لا يستلزم وجود إحدى الواقعتين وجود الواقعة الثانية ، فان الإقرار تصح تجزئته : استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ — أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٥ — =

الخلاف بنص قاطع[1] .

٢٦٣ — رقابة محكمة النقض : ومن الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض . فاذا جزأت محكمة الموضوع إقراراً لا تصح تجزئته ، أو رفضت تجزئة إقرار تصح تجزئته ، كان حكمها غير سليم ويتعين نقضه . ولكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع ، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام محكمة النقض[2] .

= ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ — ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٢ — وانظر فى عدم تجزئة الإقرار الموصوف : استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ .

(١) انظر فى أن الإقرار يتجزأ فى الفقه الإسلامى : طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٣٥ – ص ١٣٧ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣١ – دى باج ٣ ص ١٠٥٨ – ١٠٥٩ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٣ — نقض فرنسى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣–١–٧٩ — ٤ يوليه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦–١–٨٨ .

الفصل الثاني

اليمين

٢٦٤ — اليمين بوجه عام : اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على انجاز ما يعد، ويستنزل عقابه إذا ماحنث . ويستخلص من هذا التعريف أمران :

(١) لا تعتبر اليمين عملا مدنيا فحسب ، بل هو أيضا عمل ديني . فالحالف إنما يستشهد الله ، ويستنزل عقابه . ولا يكفي أن يؤكد الإنسان صدق قوله أو وعده ليكون حالفا ، مادام لم يستشهد الله على ذلك . وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : « أحلف » (م ١٨٠ مرافعات) . ولكن إذا كانت هناك أوضاع مقررة في دين من يحلف اليمين ، جاز له أن يطلب تأدية اليمين وفقا لهذه الأوضاع (م ١٨١ مرافعات) . وعلى العكس من ذلك إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على مجرد التأكيد ، جاز له أن يكتفي بذلك مادام هذا التأكيد يعتبر يمينا في دينه .

(٢) تكون اليمين اما لتوكيد قول (probatoire,affirmatif) أو لتوكيد وعد (promissoire) . فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدى لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره . واليمين لتوكيد وعد هي اليمين التي تؤدى لتوكيد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه ، مثل ذلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين (كموظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي) على أن يؤدوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو أن يقرروا الحق فيما به يشهدون[1] .

٢٦٥ — اليمين القضائية واليمين غير القضائية : والذي يعنينا هنا هي اليمين لتوكيد قول ، لأنها هي اليمين التي تدخل في منطقة الإثبات . وهي إما أن تكون يمينا قضائية (serment judiciaire) تؤدى أمام القضاء ، أو غير قضائية (serment extrajudiciaire) تؤدى أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء .

---

(١) انظر في اليمين على الماضي أو على الحال أو على الآتي في الفقه الإسلامي : طرق القضا في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠ .

واليمين غير القضائية ليست لها أحكام خاصة ، بل تتبع فى شأنها القواعد العامة . فاذا اتفق شخصان على أن أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به ، فهذا الاتفاق لايجوز إثباته بالبينة أو القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها ذلك . أما حلف اليمين ذاتها فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات . والنتائج التى تترتب على حلف اليمين غير القضائية هى النتائج التى اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويندر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية (١) .

٢٦٦ — اليمين الحاسمة واليمين المتممة : واذا وقفنا عند اليمين القضائية ، وهى اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة (serment litis-décisoire) وهى يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين المتممة (serment supplétoire, supplétif) ، وهى يمين يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التى قدمها هذا الخصم .

واليمين الحاسمة ، دون اليمين المتممة ، هى التى كان ينبغى أن تدخل وحدها فى هذا الباب ، لأنها هى التى تعفى من الإثبات . أما اليمين المتممة فهى طريق تكميلى للإثبات ، ولا تعفى منه . ولكن اشتراك اليمينين فى كثير من الأحكام يجعل من المناسب جمعهما فى فصل واحد . فنتكلم فى كل منهما .

الفرع الاول

اليمين الحاسمة

٢٦٧ — تكييف اليمين الحاسمة : عندما يعوز الخصم الدليل الذى يسمح به القانون لإثبات دعواه ، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه ، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه ، هو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم . فيوجه إليه

---

(١) انظر فى اليمين غير القضائية بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٨ — فقرة ٢٧٢٨ مكررة — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٦٧ — ص ٧٣ .

اليمين الحاسمة يطلب إليه حلفها لحسم النزاع ، ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام . وهذا هو الإسعاف الذى يتقدم به القانون إلى الخصم الذى يعوزه الدليل القانونى ، بل هذه هى الكفارة التى يكفر بها القانون عن تشدده فى اقتضاء أدلة قضائية معينة لا يغنى عنها بديل . فالقانون ، إذ يتشدد فى اقتضاء أدلة معينة ، لا يصل إلا إلى الحقيقة القضائية ، وهى بعد حقيقة نسبية ، وذلك سعياً وراء الاستقرار . ولكنه ، بعد أن يقضى واجب الاستقرار ، يرضى جانب العدل ، بتمكين من يعوزه الدليل القضائى من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذى أنكر عليه ما يدعيه من حق ، فيوجه إليه اليمين الحاسمة . فان حلفها الخصم ، فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بانكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه ، لم يبق بد من الحكم برفضه . وإن نكل ، كان فى هذا النكول إقرار ضمنى بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار [1] .

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانونى (acte juridique) ، إذ هو إرادة الخصم الذى يوجه اليمين فى أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بارادة منفردة (acte juridique unilatéral) ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذى

---

(١) على أنه يجوز الاتفاق مقدماً ما بين الطرفين على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة من أحدهما إلى الآخر فى خصومة معينة . فليس فى هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام أو الآداب ، ويسوغه أن بعض الناس تمنعه عقيدته الدينية من الحلف ، أو هو يرى فى الحلف إحراجاً له وإيذاء لضميره ، هذا إلى أن طرق الإثبات كما قدمنا يجوز الاتفاق على تعديلها والاقتصار على طريق منها دون طريق (أنظر فى هذا المعنى : أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢ — بنى مزار ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢ — الأستاذ أحمد نشات فى الإثبات ٢ فقرة ٥٨٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٣٤) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن الاتفاق قبل قيام الخصومة على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة اتفاق باطل لا ينتج أثره ، لأن الطرفين لا يستطيعان ، والخصومة لما تقم ، أن يدركا مدى ما تعهدا به (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦) . وهذا قريب مما كان يجرى عليه القضاء ، قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، من التمييز ، فى الاتفاق على طرق الإثبات ، ما بين اتفاق يعقد قبل قيام الخصومة فيكون باطلا ، واتفاق يتم بعد قيام الخصومة فيكون صحيحاً .

وجهت إليه اليمين أن يحلف ، ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب ، إذ أن الخصم الذى وجهت إليه اليمين لا يملك إلا أن يقبل الحلف أو أن يرد اليمين على من وجهها ، أى أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحكم هو ضمير الخصم الذى وجه اليمين . ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفاً يحتاج إلى قبول ، بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم فى أن يحلف اليمين أو يردها حقاً غير قابل للنقض ، كحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير عند ما يقبل ما اشترط لمصلحته . هذا إلى أن توجيه اليمين تصرف شرطى (acte-condition) ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته فى أن ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلا (١) .

وسنرى أن هذا التكييف لليمين الحاسمة تترتب عليه آثار قانونية هامة . وهو التكييف الذى نقف عنده . والفقه يتردد فى تكييف اليمين الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح (٢) . والذى يقطع فى أنها ليست بصلح أن الصلح يقتضى نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه ، ومن يوجه اليمين لا ينزل عن شيء

---

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١ .

(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى ما يأتى : « فاليمين الحاسمة نوع من الصلح أو التحكيم يقصد به حسم النزاع . والخصم الذى يوجهها يصطلح مع خصمه أو يتحاكم إلى ذمته ، والخصم الذى توجه إليه بالخيار بين الحلف والرد . فإذا ردكان هذا صلحاً جديداً أو تحاكماً إلى ذمة الخصم الأول » (الموجز فقرة ٦٦٣) . وانظر فى أن توجيه اليمين ضرب من الصلح أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٧ — هيك ٨ فقرة ٣٥٧ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٨٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٠ بيدان — وپرو ٩ فقرة ١٣٢٣ ، وفى أنه مبدأ اتفاق أو مبدأ صلح على الإثبات (commencement d'une convention, d'une transaction sur la preuve) لا ينطوى على تضحية من الجانبين : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٣ — ص١٠٤٩ — ويؤخذ على هذا الرأى أن توجيه اليمين ليس باتفاق بل هوتصرف بإرادة منفردة كما قدمنا ، وأن الصلح لا يمكن إلا أن ينطوى على تضحية من الجانبين . ويقول دى پاج أن توجيه اليمين اتفاق من نوع خاص يقوم على أساس من العدالة (دى پاج ٣ ص ١٠٧٣ — ص١٠٧٧) — ويقول الأستاذ أحمد نشأت فى كتابه فى الإثبات الجزء الثانى أن اليمين الحاسمة قريبة من عقد التحكيم (فقرة ٥٣٧) ، وأن توجيهها تنازل عن الحق المدعى به معلق على شرط تأديتها (فقرة ٥٣٨) ، وأنها نوع من الصلح بين الطرفين (فقرة ٥٣٩) ، وأنها نوع خاص من التصرفات (فقرة ٥٤١) — ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن توجيه اليمين تصرف قانونى من التصرفات التى يسميها ديجيه بالتصرفات الشرطية (actes-condition) وهذا رأى صحيح . (أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١) .

دون شيء ، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضى له بها كلها . فاذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته ، بل هى النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه . وضمير الخصم هو الذى حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم ، أو بكسبها إذا نكل . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يؤيد هذا التكييف (١) .

---

(١) وهذا ما جاء فيها : « أما فيما يتعلق بطبيعة اليمين الحاسمة ، فالرأى فى الفقه على أن اليمين تعاقد ، أو صلح بعبارة أخرى . وقد جرى القضاء المصرى على هذا الرأى (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — و١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . بيد أن مذهب الفقه والقضاء فى هذا الشأن قد استهدف لنقد فريق من الفقهاء . وقد ذكر هذا الفريق أن الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى قد جاء بها ما يؤخذ منه أن اليمين ليست سوى احتكام إلى الذمة . ويراعى أولا أن كل تعاقد يفترض إيجاباً وقبولا ، والملحوظ فى القبول هو ثبوت الخيار لا التسليم على سبيل الإلزام ، فان انتفى هذا الخيار فليس ثمة تراض أو تعاقد . بيد أن من توجه اليمين إليه لا يستطيع أن يرفض مشيئة من وجهها ، وأن يطلب إقامة الدليل على الدعوى أو الدفع بطرق الإثبات الأخرى ، بل يتعين عليه بحكم القانون أن يعمل الرخصة التى يثبتها له على وجه من وجوهها الثلاثة : فاما أن يؤدى اليمين ، وأما أن ينكل عنها ، وإما أن يردها . ومؤدى هذا أن اليمين ليست تعاقداً ، وهى ليست كذلك من الصلح فى شيء لأن الصلح يفترض تنازل كل من المتعاقدين عن جانب من مزاعمه . أما من يوجه اليمين فهو لا يملك طريقا من طرق الاثبات بل هو يوقن ابتداء بخسارة دعواه ، وهو بالالتجاء إلى اليمين لا يتنازل عن شيء ما ، لأن توجيه هذه اليمين يتمحض لمنفعته . والواقع أن اليمين ليست إلا تأكيد واقعة أمام القاضى ، فى ظل ضمانة من الذمة أو العقيدة الدينية . وهى بهذا الوصف ليست إلا علاجاً يحد من مساوىء نظام تقييد الدليل ، باعتبار هذا النظام ضرورة لا معدى عنها لتأمين استقرار المعاملات ، وإن كان تطبيقه فى نطاق العمل قد يسفر عن نتائج تناقض العدالة . فادعاء من فاته تحصيل الدليل المقرر من جراء إهمال أو إسراف فى الثقة قد يكون صحيحاً ، رغم انتفاء هذا الدليل . ولو التزمت الأحكام العامة فى القانون لترتب عليها إخفاقه ، لكن العدالة تقتضى الترخيص له بالاحتكام إلى ذمة خصمه . . . والواقع أن حق الخصم فى الاحتكام يقابله التزام الخصم الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا أصبح هذا الحق مجرداً من الأثر والجدوى . فالخصم يلتزم بحكم القانون بالتخلى عن التقيد بقواعد القانون والاحتكام إلى العدالة . بيد أن حق الاحتكام إلى الذمة قد أثبته القانون للخصم الآخر أيضاً ، واحتفظ له به ، إذ جعل له أن يرد اليمين ويحتكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه . . . ثم إن القول بأن فكرة التصرف المنعقد بإرادة واحدة هى أساس النتيجة التى تسفر عنها اليمين ، وأن اليمين تكون حجة قاطعة لأن من يوجهها يلتزم بإرادته المنفردة بالاحتكام إلى ذمة خصمه ، يجافى المنطق كذلك . والواقع أن القانون هو الذى يخول من يعوزه الدليل حق الاحتكام إلى ذمة خصمه ، ولكنه عندما يمنحه هذا الحق يعين آثاره ، وهى تنحصر فى قبول الطلب أو الدفع أو رفضه ، بحسب ما إذا كانت اليمين التى توجه أو ترد تؤدى أو ينكل عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٧) .

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية ، لأنه عمل مادى يترتب عليه أثر قانونى هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين . ورد اليمين تصرف قانونى كتوجيه اليمين ، إذ هو أيضاً احتكام إلى ذمة الخصم . والنكول عن اليمين عمل مادى سلبى ، ولكنه ينطوى على تصرف قانونى ، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردها ، فالنكول والإقرار سواء فى التكييف القانونى . أما اليمين المتممة ، توجيهاً وحلفاً ونكولا ، فواقعة قانونيـة ، إذ هى عمل مادى محض ، وهى طريق من طرق الإثبات التكميلية .

٢٦٨ — مبحثان : وبعد أن كيفنا اليمين الحاسمة على الوجه السالف الذكر ، نتناول هذه اليمين فى مبحثين : (١) توجيه اليمين الحاسمة (٢) الآثار التى تترتب على توجيهها .

المبحث الأول

توجيه اليمين الحاسمة

٢٦٩ — مسائل خمس : نبحث ، فى توجيه اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية : (١) من يوجه اليمين الحاسمة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) عدم جواز الرجوع فيها .

المطلب الأول

من يوجه اليمين الحاسمة

٢٧٠ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المـادة ٤١٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ،

على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها[(١)]».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩[(٢)].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادتين ١١٢و١١٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٧١ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المـادتين ٢٢٨ و٢٩٩ فقرة أولى ، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ١[(٣)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز لـكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولـكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضى» . وأقرت لجنة المراجعة الفقرة كما هى ، وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ فى المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة « ولـكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضى » عبارة « على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها » ، لأن العبارة الواردة فى النص الأصلى تفيد أن توجيه اليمين الحاسمة معلق دائماً على إذن القاضى . ولما كان ما قصده واضعو المشروع هو أن يستبقوا للمتقاضين الحرية فى توجيه اليمين الحاسمة ، على أن يكون للقاضى حق منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف فى توجيهها ، لذلك كان التعديل الذى أدخلته اللجنة على المادة أكفل بأداء هذا المعنى . وقد وافق مجلس النواب على الفقرة كما عدلتها لجنته التشريعية ، وأقرت لجنة مجلس الشيوخ الفقرة على الوجه الذى عدلت به وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٢ — ص ٤٤٣ وص ٤٤٧ — ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لـكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع . وفى هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب » . ولم يتضمن هذا النص العبارة التى تقضى بأنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها . ولـكن القضاء كان يطبق هذا الحكم دون نص كما سنرى . ومن ذلك يتبين أن الحكم واحد فى التقنينين الجديد والقديم فيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من التقنين المدنى الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى — قانون البينات السورى م ١١٢ : اليمين الحاسمة هى التى يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع — م ١١٣ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولـكن لا يكون ذلك إلا باذن المحكمة . (يلاحظ أن ضرورة استئذان المحكمة هى لمنع التعسف فى توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد فى القانونين المصرى والسورى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٧١ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يجوز ذلك إلا باذن المحكمة (ويلاحظ هنا أيضاً أن ضرورة استئذان المحكمة هى لمنع التعسف فى توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد فى التقنينين المصرى والعراقى) . =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادتين ١٣٥٧و١٣٥٨[(١)] .

٢٧١ — أى من الخصمين يستطيع توجيه اليمين : والذى يوجه اليمين الحاسمة هو أى من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية . فالمدعى وعليه عبء إثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذى يثبت الدفع ، يستطيع أى منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته ، فيستبدل بعبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم .

٢٧٢ — ما يترتب على أن توجيه اليمين تصرف قانونى — الأهلية وعيوب الإرادة والوكالة الخاصة والصورية : ولما كان توجيه اليمين الحاسمة هو كما قدمنا تصرف قانونى ، إذ هو تحكيم لضمير الخصم ، فانه يجب لصحته

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٢٨ : اليمين القضائية نوعان : (أولا) اليمين الحاسمة وهى التى يكلف أحد المتداعين خصمه أن يحلفها ليجعل الحكم فى القضية موقوفاً عليها — (ثانياً) اليمين التكميلية وهى التى يكلف القاضى من تلقاء نفسه أحد المتداعين أن يحلفها — م ٢٢٩ فقرة ١ : لا يجوز طلب اليمين الحاسمة إلا باذن من القاضى . (ونلاحظ فيما يتعلق باذن القاضى ما سبق أن لاحظناه فى القانون السورى والتقنين العراقى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة — م ٣٩٩ فقرة ١ : لايجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها ، ولا بواقعة غير مشروعة ، ولا بعقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة ، ولا بإنكار واقعة يتبين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف عمومى حرر الورقة نفسها . (ويلاحظ أنه يستفاد من مفهوم المخالفة أنه يجوز توجيه اليمين وردها فيما عدا ذلك . ولم ينص التقنين الليبى على جواز منع القاضى توجيه اليمين إذا كان فى توجيهها تعسف) .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٧ : اليمين القضائيـة نوعان ، يمين يوجهها الخصم إلى خصم ليجعل الحكم فى القضية موقوفاً عليها وهذه هى اليمين الحاسمة ، ويمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين — م ١٣٥٨ : توجه اليمين الحاسمة فى كل خصومة ، أياً كان نوعها .

Art. 1357 : Le serment judiciaire est de deux espèces ; 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé decisoire; 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Art. 1358 : Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

مايجب لصحة التحكيم . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لايصح التحكيم إلا ممن له التصرف فى حقوقه » . هذا من ناحية الأهلية . ومن ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ومن ناحية التوكيل فى توجيه اليمين يجب أن تكون هناك وكالة خاصة كما فى التحكيم ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من التقنين المدنى على أنه « لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » . ولما كان توجيه اليمين تصرفاً قانونياً كما قدمنا ، فانه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار . ومن ثم نرى أن توجيه اليمين ، كالإقرار ، تشترط فيه الأهلية الكاملة ، ويجب أن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، ولابد فيه من وكالة خاصة ، وترد عليه الصورية .

فيشترط إذن فى الخصم الذى يوجه اليمين أن يكون كامل أهلية التصرف[(١)] ، أى أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً . فالصبى الذى لم يبلغ سن الرشد ، والمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، لا يجوز لأى منهما أن يوجه اليمين إلا بنائب عنه يملك ذلك . والنائب قد يكون الولى ، وهو يملك توجيه اليمين لأنه يملك التصرف ، والوصى والقيم ، وهذان لايجوز لهما توجيه اليمين إلا فى الأعمال التى يملكانها وهى أعمال الإدارة ، أما فى أعمال التصرف فلا بد فى توجيه اليمين من إذن المحكمة الحسبية[(٢)] .

---

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١ — ومن الفقهاء من يشترط أهلية التبرع : الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٤٤ . وقد كنا من يشترطون أهلية التبرع (انظر الموجز ص ٦٩٠) ، ولكن يؤخذ على ذلك أن التحكيم فى الحق تصرف فيه لا تبرع به . والذى يكل حقه إلى التحكيم — حتى لو كان الحكم هو الخصم كما فى توجيه اليمين — لايزال يطالع فى نفسه بقية من الأمل فى يقظة ضمير الخصم وتحرجه من أن يحلف حانثاً ، فمن يوجه اليمين لايتبرع بحقه تبرعاً محضاً . ولو اشترطنا أهلية التبرع لما جاز للولى والوصى والقيم توجيه اليمين ولو بإذن المحكمة الحسبية ، لأن أحداً منهم ولو مع هذا الإذن لايملك أهلية التبرع .

ويترتب على ذلك أن القاصر الذى بلغ الثمانى عشرة سنة يستطيع توجيه اليمين فيما يملكه من أعمال الإدارة كالتأجير مدة سنة واحدة (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن اليمين الحاسمة نوع من أنواع الصلح (!) =

ويشترط أيضاً أن يكون توجيه اليمين غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ويكون توجيه اليمين مشوباً بغلط فى الواقع إذا أخفى الخصم الذى وجهت إليه اليمين عن الخصم الذى وجه اليمين مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثانى ، فيعتقد هذا ، عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين . وقد يكون الغلط فى القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذى وجه اليمين أن البينة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه اليمين إلى خصمه ، ثم تبين بعد توجيه اليمين أن القانون يجيز البينة . وقد يكون الخصم الذى وجه اليمين إنما وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلا أن القانون لا يجيز له الإثبات بالبينة فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم ير بداً من توجيه اليمين إلى خصمه ، ولا يعد إكراها أن يجد الخصم نفسه مجرداً من أى دليل على حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفى جميع الأحوال التى يكون فيها توجيه اليمين مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يحلف .

ويشترط كذلك فيمن يوكل لتوجيه اليمين أن تصدر له وكالة خاصة فى ذلك ، ولا تكفى الوكالة العامة . ومن ثم لا يصح توجيه اليمين من وكيل عام ، ولا يصح من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصاً فيه على تفويضه فى توجيه اليمين . ولكن لا يشترط تعيين محل توجيه اليمين على التخصيص ، فيصح التوكيل فى توجيه اليمين فى خصومة معينة دون تحديد ادعاء معين بالذات[1] .

= إذ يترك طالبها أمر الفصل فى حقه إلى ذمة خصمه ، وعلى ذلك فالوصى أو القيم لا يملك توجيهها ، لأن الصلح من التصرفات الممنوعة عنهما إلا بإذن من المجلس الحسبى (استئناف أسيوط ٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٤) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ .

ولا يجوز للسنديك توجيه اليمين إلا بالقيود المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٩ — ٢٨٠/٢٨٧ — ٢٨٨ تجارى (الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٤٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٥٠ — ص ١٠٥١) .

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٩ (إقرار الموكل لتوجيه اليمين بعد توجيهها من الوكيل) .

ويجوز أخيراً أن ترد الصورية على توجيه اليمين . ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والشركاء والخلف . فيخفى الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فيحلفها هذا ، فيخسر المدعى دعواه ، ويضر بذلك دائنيه وشركاءه والخلف وغيرهم من لهم مصلحة . ويجوز لهؤلاء التدخل فى الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم . وإذا صدر الحكم ، جاز لهم أن يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة لإثبات التواطؤ . وسنعود إلى هذه المسألة عند بحث حجية اليمين .

٣٧٣ — رقابة القاضى : وإذا كان لأى الخصمين ممن يحمل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فان للقاضى رقابة عليه فى توجيه هذه اليمين . وقد كان القضاء يجعل هذه الرقابة ثابتة للقاضى فى عهد التقنين المدنى السابق ، فيجوز للقاضى تعديل صيغة اليمين تبعاً لوقائع القضية إذا كان ذلك بموافقة الخصم الذى وجهها[1] ، ويجوز له أيضاً أن يرفض توجيهها إذا رأى أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال وأن فى توجيه اليمين تعسفاً ، أو أنها ثابتة بغير يمين ، أو أن اليمين بالصيغة التى وجهت بها غير منتجة[2] . وقد جاء

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ — أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ — ٢١ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٢ — ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ — ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ — أنظر فى تعديل صيغة اليمين أنسيكلو بيدى داللوز فى القانون المدنى Preuve فقرة ١١٦٠ — فقرة ١١٦٨ .

(٢) استئناف أهلى أول مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ١١٨ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٩ — ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٥٢ — استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٧ ص ١٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٥ ص ٥١١ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٢٨ ص ٦٨٤ — ٦ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٤ — ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣٦ ص ٥٧ — ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٦ ص ٥٧١ — استئناف أسيوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تشدد نساء الهوارة فى =

فى الموجز[1] ، وهو يبسط الفقه فى عهد التقنين المدنى السابق ، فى هذا المعنى

= الحجاب يمنعهن من حلف اليمين ، فلا يصح أن يتخذ من هذه المبالغة سلاح للحكم عليهن (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا تبين للمحكمة أن المدعى لم يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إلا لعلمه بأنها لن تحلفها لتمسكها الشديد بعادة من عادات عشيرتها تحول دون إسماعها صوتها لأى غريب ، كان توجيه اليمين فى هذه الحالة طلباً كيدياً (٧ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٧ — وقد أيد الحكم محكمة استئناف مصر فى الحكم السابق) .

وأنظر فى القضاء المختلط : استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٨ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ — ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ — ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٠ — ١٨ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص١٩٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٦ — ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٧ — ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٤ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٦٩ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٧ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩١ — ٩ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٩ — ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ١٩ يونيه سنة١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦١ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ — ٤ فبراير سنة١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٦ — ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٥ — ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٨ — ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ — ٣ يونيه سنة١٩١٦ م ٢٨ ص٤٠٣ — ٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص٤٨٦ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص٦٩ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦٧ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٢ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٢ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — أول مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص٣٠٦ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٠ — ٢٩مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ — ٢٩ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص١٣٧ — ١٢يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٩ — وقارن : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ — ١٧ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٥ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٨ — ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ — فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٢ — ١٩مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١ — ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ .

وجاء فى طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم (ص ٢٣٦) : واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه اختلاط فى المعاملة ، لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً (انظر تبصرة بن فرحون والطرق الحكمية) . وقريب من مذهب مالك قول الاصطخرى من الشافعية . أن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعى لم يلتفت إليه .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٦٤ ص ٦٩٠ — وقارن مع ذلك الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٢٧ — ص ٣٢ والأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٧٤ .

ما يأتى : « اليمين الحاسمة يوجهها الخصم لا القاضى . . . ولكن للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة المراد الحلف عليها غير محتملة الصدق أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت هذه الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف ، فيكون توجيه اليمين فى هذه الأحوال إنما يقصد به الكيد للخصم . كذلك للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا كان المقصود منها استغلال ورع الخصم الذى توجه إليه وشدة تدينه . على أنه إذا رأى القاضى توجيه اليمين إلى شخص شديد التدين ، فلا يجوز لهذا الخصم الامتناع عن الحلف بحجة أن دينه يمنعه من ذلك[1] » .

ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً ، إلا أنه نص صراحة على الحكم المتقدم ، وكان غير منصوص عليه فى التقنين المدنى القديم ، فذكر فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها »[2] . وكان النص فى المشروع التمهيدى

---

(١) انظر : استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠ .

(٢) على أنه يلاحظ أن قضاء محكمة النقض كان لا يتوسع كثيراً فى تفسير التعسف فى توجيه اليمين فى عهد التقنين المدنى السابق . وهذه بعض أمثلة من هذا القضاء : (١) إذا كان الحكم قد رفض توجيه اليمين بمقولة إن المعاملة بين الطرفين بالكتابة وطالب اليمين رجل قانونى يقدر المستندات فى مسائل الحساب ، فإنه يكون قد خالف القانون ، إذ هذا الذى قاله ليس فيه ما يفيد أن طالب اليمين كان متعسفاً فى طلب توجيهها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥ ص ١٢٢) . (٢) جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضى ، وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف فى هذا الطلب . ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة فى استخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه . فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين ، فهذا منها قصور فى التسبيب ، فان كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٨ ص ١٨٦) . (٣) الحكم الذى يؤسس قضاءه برفض طلب توجيه اليمين على أن الطرفين اعتادا التعامل بالكتابة ، وأن طالب توجيهها قال إن خصمه أخذ المبالغ المراد الحلف عليها فى غضون سنين طوال مما يجعل طلب اليمين غير جدى ، يكون مخالفاً للقانون لتأسيسه قضاءه على غير العسف فى طلبها (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٦ ص ١٩٢) . (٤) اليمين الحاسمة ملك الخصم ، له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ، ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ولو رسمياً إلا فيما لا يجوز الطعن فيه من العقد الرسمى إلا بالتزوير . ومن ثم يكون متعيناً على القاضى أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف فى =

على أن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا باذن القاضي . ولكن اللجنة التشريعية لمجلس النواب خشيت أن يكون النص على هذا الوجه معناه أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائماً معلقاً على إذن القاضي ، وأرادت اللجنة أن تستبقي للمتقاضين الحق فى توجيه اليمين الحاسمة على أن يكون للقاضى منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف فى توجيهها ، فعدلت النص على النحو الذى رأيناه (١) .

ويلاحظ أنه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق ، أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت غير منتجة (٢) ، أو كانت خالية من الدليل ولكن المدعى وجه اليمين مستغلا فى ذلك ورع خصمه وتحرجه من الحلف ، كان مدعى هذه الواقعة وهو يوجه اليمين إلى خصمه متعسفاً فى توجيهها ، فيمنعه القاضى (٣) . أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى

= طلبه . والقول بان طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه فى دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفاً فى توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سبباً للحكم برفض توجيه اليمين (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٥ ص ٧٥٠) .

(١) انظر ما قدمناه فى تاريخ النص — وعلى هذا النحو ينبغى أن يفهم نص المادة ٤٧١ من التقنين المدنى العراقى الذى سبق إيراده وكذلك النصوص المماثلة فى التقنينات العربية الأخرى، إلا أن التعسف يكون من القاضى فى منع توجيه اليمين ، لا من الخصم فى توجيهها (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢١٠ هامش رقم ١) .

(٢) ولا تكون اليمين منتجة فى دعوى مرفوعة على ناظر الوقف ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها إنما تحقق — إذا صحت — مسئوليته الشخصية لا مسئوليته كناظر للوقف (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٥ ص ٩٨٢) .

(٣) لكن إذا كان عند المدعى — على العكس مما تقدم — دليل على دعواه ، ولم ير أن يقدمه مكتفياً بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه ، جاز له ذلك . ويعتبر فى هذه الحالة متنازلا عن دليله ، مجتزئا بالاحتكام إلى ذمة خصمه .

وفى هذه المسألة خلاف فى الفقه الإسلامى بين أبى حنيفة وصاحبيه . فعند أبى حنيفة لايجوز للمدعى توجيه اليمين إلى المدعى عليه إذا كانت عنده بينة حاضرة ، وعند الصاحبين يجوز . جاء فى البدائع : « وأما شرائط الوجوب (أى وجوب توجيه اليمين) فأنواع . منها الإنكار . . . ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت على المدعى عليه حقاً للمدعى ، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه . ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة ، وعندهما ليس بشرط ، حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ، ثم أراد أن يحلف المدعى عليه ، ليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك . وجه قولهما أن اليمين حجة المدعى كالبينة ، ولهذا لا تجب إلا عند طلبه، فكان له =

الحلف ، فالذى يتعسف فى توجيه اليمين هو الخصم الآخر ، يوجه اليمين إلى المدعى فى الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذى يدعيه ، فلا يقبل القاضى فى هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعى أية يمين (١) .

ورقابة القاضى لمنع التعسف فى توجيه اليمين على النحو الذى بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضى من الإثبات (٢) .

= ولاية استيفاء أيهما شاء . ولأبى حنيفة أن البينة فى كونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم ، واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم ، فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك ، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف » (البدائع ٦ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

والظاهر من نصوص الفقه الإسلامى أن اليمين هى ملك المدعى ، يوجهها أن أراد إلى المدعى عليه المنكر ، ولا يجوز للقاضى منعه من ذلك . ويقول مارسل موران "Marcel Morand" أن اليمين — وصبغتها الدينية بارزة — من أهم طرق الإثبات فى الفقه الإسلامى ، لاتصاله بالدين اتصالا وثيقاً (مارسل موران : دراسات فى الفقه الإسلامى بالجزائر — الجزائر سنة ١٩١٠ ص ٣٢٥ — ص ٣٢٧) .

(١) انظر فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٧ — ص ١٤٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ – بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٥ ص ٤٢٣ – انسيكلوبيدى داللوز فى القانون المدنى Preuve فقرة ١١٣٨ . على أن أوبرى ورو يذهبان إلى أن بسط رقابة القاضى على الخصم فى توجيهه اليمين إلى خصمه يتعارض ، من الناحية النظرية ، مع ما للخصم من حق استمده من القانون مباشرة فى توجيه اليمين (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٧ هامش رقم ٣٤) . وانظر عكس ذلك ، وفى أن توجيه اليمين من حق الخصم وحده دون رقابة عليه من القاضى : بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٧٤٧ — فقرة ٢٧٤٧ مكررة .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا المشروع تقضى بأن توجيه اليمين يكون بإذن القاضى كما رأينا) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكاد ينعقد إجماع القضاء فى فرنسا وبلجيكا على أن للقاضى أن يقدر : (ا) ملاءمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا قصد منها الكيد (ب) وأن له أن يقدر ضرورة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا كانت الوقائع التى توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال ، أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات . . . والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسيء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقى أو دينى ، ولذلك رؤى تضمين النص حكماً يعين على تحامى مثل هذا الاستغلال . ويراعى من ناحية أخرى أن اليمين قد تقررت بوصفها طريقاً من طرق الإثبات لإسعاف المدعى بالدليل عند تخلفه ، لا لنقض دليل تم تحصيله بطريق من سائر الطرق . ولهذا يجب أن يتاح للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا لم =

المطلب الثانى

لمن توجه اليمين الحاسمة

٢٧٤ — توجه اليمين الى الخصم الذى له حق المطالبة بالاثبات : وتوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذى له حق المطالبة بالإثبات . وتوجيه اليمين إليه تقلب موقفه . فبعد أن كان غير مكلف بشىء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فان لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصراً دون أن يقوم بعمل ، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه الى ضميره ، إذا لم يختر هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير خصمه برد اليمين عليه . فهو إنما يكسب الدعوى إذا حلف اليمين ، فأصبح إذن مكلفاً بشىء يقوم به حتى يكسب الدعوى ، وقد كان قبل توجيه اليمين إليه غير مكلف بشىء . وإذا نكل عن حلف اليمين ، كان فى هذا معنى الإقرار بحق خصمه ، وقد رأينا أن الإقرار ينطوى على نزول عن حق المطالبة بالإثبات ، وهو الحق الذى كان له قبل توجيه اليمين إليه .

٢٧٥ — لا توجه اليمين الا الى خصم أصلى فى الدعوى : ولا يجوز توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلى فى الدعوى . فاذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدينه ، فلا يجوز للمدعى عليه فى هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس إلا نائباً عن الدائن وليس خصما أصلياً فى الدعوى . فيجب إذن أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن ، وهو الخصم الأصلى ،

= تكن مجدية . ويقع ذلك حيث يقام الدليل على الواقعة التى يراد الاستحلاف عليها بطريق آخر ... ولذلك اقتفى المشروع أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وأثبت للقاضى حق الترخيص ، كتدبير وقائى ، ولو أنه حرمه من كل سلطة فى الرقابة متى حلفت اليمين الحاسمة ، حتى تكون حجة قاطعة فى الإثبات . فللقاضى أن يقدر ما إذا كان ثمة محل للترخيص بتوجيه اليمين ، وفقاً للأحوال من ناحية ، ووفقاً لصفات الأشخاص من ناحية أخرى . وهذا الترخيص مستقل عن التثبت من توافر شروط قبول توجيه اليمين » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥).

بعد إدخاله فى الدعوى وفقاً للمادة ٢٣٥ فقرة ٢ من التقنين المدنى (١) . ولا توجه اليمين ، فى دعوى تقام ضد إحدى الشركات ، إلى شريك انسحب منها فلم يعد خصما(٢) ، ولا إلى شخص ليس خصما فى الدعوى ولم يعد موظفاً فى الشركة (٣) ، ولا إلى جملة من الشركاء كل شريك يحلف على وقائع لا تخصه هو بل تخص الشركاء الآخرين (٤) . ولا توجه اليمين إلى أحد مديرى مصرف إذا كان هذا المدير لا يملك التصرف إلا بالاشتراك مع سائر المديرين (٥) ، ولا إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة الى الأصيل (٦) ، ولا الى الغير مع ادخاله خصيصاً فى الخصومة لحلف اليمين (٧) . واذا كان الخصم شخصاً معنوياً ، وجهت

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٧ (ويقرران كذلك أن اليمين لا توجه ، فى القانون الفرنسى ، إلى الزوج الذى لم يدخل فى الدعوى إلا ليأذن لزوجته فى الخصومة) .

(٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ .

(٥) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٤ .

(٦) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٢ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣ .

(٧) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٨٠ — ١١ يونيه سنة ١٩٤٠م ٥٢ ص ٢٩٨ — ومن باب أولى لا توجه إلى غير خصم فى الدعوى دون إدخاله (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٦) . ولا توجه اليمين إلى أحد الورثة مع حفظ الحق بالنسبة إلى الباقى (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٥) ، وإذا وجهت إلى جميع الورثة وحلف بعض دون بعض ، فلا يفيد حلف البعض أمام نكول الآخرين (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٤) . وإذا ادعى المشترى أن الشفيع إنما يستعمل الشفعة لرد العين المبيعة إلى البائع ، فاليمين توجه إلى الشفيع لا إلى البائع ، لأن الحكم لن يقضى للبائع ولن يقضى إلا للمشترى أو للشفيع (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧م ١٩ ص ١٠٣) . وإذا ادعى الشفيع صورية الثمن ، فلا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة فى ذلك إلى البائع والمشترى معاً ، بل يجب أن يوجهها أولا إلى المشترى ، فإن حلفها كان هذا كافياً لرفض الادعاء بالصورية دون حاجة إلى تحليف البائع ، وإذا نكل المشترى وجب توجيهها للبائع ، فإن نكل هذا ثبتت الصورية كاملة ، أما إذا حلف البائع وحده فلا تثبت الصورية لأنها لم تثبت من الجانبين (جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ — انظر الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠ — وقارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٤٣) . ولا يجوز بداهة أن يتقدم الخصم بنفسه ليعرض أن يحلف اليمين (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٢٦) .

اليمين إلى من يمثله (١) .

٢٧٦ — توافر أهلية التصرف فيمن يوجه اليه اليمين : ويجب فيمن توجه إليه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التصرف فى الحق الذى توجه إليه فيه اليمين(٢) . ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف فى الحق . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبى لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة ، ولا إلى محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء ، كوصى أو قيم ، إلا عن أعمال صدرت منه شخصياً (٣) أو عن أعمال الإدارة التى يملكها (٤) . أما الولى فيملك التصرف فى مال الصغير ، فيجوز توجيه اليمين إليه .

ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف ، لا وقت توجيه اليمين . فاذا كان أهلا وقت توجيه اليمين ، ثم حجر عليه قبل الحلف (٥) ، فلا يجوز له أن يحلف بعد توقيع الحجر عليه (٦) .

وسنرى أنه إذا جاز التوكيل فى توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة ، فانه لا يجوز التوكيل أصلا فى حلف اليمين ، ذلك أن النيابة تجرى فى الاستحلاف ولا تجرى فى الحلف .

---

(١) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — أول يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ — قارن الموجز للمؤلف وقد ورد فيه اشتراط أهلية التبرع (الموجز ص ٦٩٠) .

(٣) كما إذا وجهت إليه اليمين فى قبض الدين الذى لمحجوره ، وكان قد أدخل فى الدعوى بصفته الشخصية أيضاً ، فإن حلف كسب الدعوى ، وإن نكل لم يضر نكوله بالمحجور ، ويصبح ملتزماً نحوه بالدين (أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٩) .

(٤) استئناف مصر ٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٩ ص ١٥٨ — استئناف أسيوط ١٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — المحكمة العليا الشرعية • سبتمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٨ رقم ٢٠١ ص ٢٤٧ .

(٥) أو أفلس : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ .

(٦) أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٠ .

المطلب الثالث

متى توجه اليمين الحاسمة

٢٧٧ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١١٤ فقرة ٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٧٢ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٠ فقرة ٢ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٥٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفى كل نزاع مدنى ، إلا أنه لا يجوز توجيهها فى واقعة مخالفة للنظام العام (وعن هذا النص فى المشروع التمهيدى نقلت المادة ٤٧٢ من التقنين المدنى العراقى) . وفى لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة « لا يجوز توجيهها فى واقعة مخالفة للنظام العام » مع تحويرها إلى صدر الفقرة الأولى من المادة لتكون أدق فى الدلالة على الحكم المقصود ، وحذفت عبارة « فى كل نزاع مدنى » لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم المادة ٤٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ وص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١١٤ فقرة ٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى فى كل نزاع ، إلا أنه لا يجوز توجيهها فى واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللآداب . (ولا فرق فى الحكم بين القانون السورى والتقنين المصرى ، والنص السورى يتفق مع نص المشروع التمهيدى للتقنين المصرى وقد تقدم ذكره) .

=

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٠ (١) .

٢٧٨ — توجيه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى :

ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى المتقدم الذكر أنه يمكن توجيه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائى(٢) . ذلك أن اليمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات ، فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى (٣) . بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب إعادة فتحها وتوجيه اليمين الحاسمة (٤) . ولكن لا يجوز للخصم توجيهها بعد أن يكون قد قبل من خصمه الإثبات بالبينة (٥) .

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، على الوجه المتقدم الذكر (٦) .

= التقنين المدنى العراقى م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى وفى كل نزاع مدنى . إلا أنه لا يجوز توجيهها فى واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب . (فالحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى، والنص يتفق مع نص قانون البينات السورى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣١ : يجوز الاستحلاف فى أى حال من أحوال الدعوى ، وإن لم يكن هناك بداءة إثبات للطلب أو للدفع المستحلف عليه . (والحكم واحد فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى) .

التقنين المدنى للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ فقرة ٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٠ : يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم يوجد أى مبدأ ثبوت للطلب أو للدفع المطلوب التحليف عليه .

Art. 1360 : Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٢٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٥ وهامش رقم ٣٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — الأستاذ احمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٧٩ . قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٦ .

(٥) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن اليمين الحاسمة هى من أوجه الدفاع التى يجوز =

ولكن لايجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

٢٧٩ — يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط : يحسن هنا أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ، ولا يختلط بعضها ببعض :

الفرض الأول أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، فيفحصها القاضي ولا يقتنع بها . وإذ عرف الخصم منه ذلك ، ينزل عما قدم من أدلة ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا دون شك جائز . وقد قدمنا أنه يجوز للخصم أن يلتجيء إلى اليمين الحاسمة بعد أوجه إثبات أخرى ، وأمام محكمة الاستئناف ، بل يجوز طلب إعادة القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة (٢) .

والفرض الثانى أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ، ويقول إنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فانه يحتفظ لنفسه بالحق فى تقديم أدلة أخرى . وهذا دون شك غير جائز (٣) . فانه متى حلف الخصم اليمين ، خسر من وجهها

= طلبها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء كانت فى الدرجة الأولى أو فى الدرجة الثانية ، وسواء طلبت اليمين قبل كل دفاع أو بعده (١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١) — انظر أيضا : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٣ — ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ — وانظر أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٥ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠ — ص ٤٥١ . أنسيكلوبيدى داللوز فى القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١١٤١ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز بعد أن يقضى للخصم بالإثبات بالبينة أن ينزل عن هذا الحكم ويوجه اليمين الحاسمة (٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٨) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦ — ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١١ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ — ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٧ — ٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٠٢ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٣ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٢ .

(٣) فالخصم بعد توجيه اليمين إلى خصمه لا يجوز له أن يعود ويطلب الإثبات بالبينة (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٥) . وإذا حلف خصمه ، فلا يجوز له أن يعود ويطعن فى الالتزام بأنه يتضمن فوائد ربوية (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨) ، أو يعود بعد حلف اليمين فى محكمة أول درجة إلى طرق إثبات أخرى =

إليه دعواه ، ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى على أية صورة كانت كما سنرى . بل إن مجرد قبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنع من وجه اليمين من الرجوع فى توجيهها ، ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى .

والفرض الثالث أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، ويقول إنه على سبيل الاحتياط ، فى حالة ما إذا لم يقتنع القاضى بهذه الأدلة ، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه. وهذا هو توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ، وهو الفرض الدقيق الذى نقف قليلا عنده . ونذكر بادىء ذى بدء أن الخصم قد يجد نفسه فى حاجة الى هذا الاحتياط . فقد يكون الحكم الذى يوشك أن يصدر فى دعواه حكماً نهائياً — بأن كانت الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه — وقد قدم ما وسعته الطاقة أن يقدمه من الأدلة وهو فى شك من مبلغ اقتناع القاضى بها . فيخشى ، إن هو ترك القاضى يفصل فى الدعوى بحالتها هذه ، أن يصدر حكم نهائى برفضها ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه . لذلك لا يرى له بدأ من الاحتياط : يطلب ، فى حالة ما اذا لم يقتنع القاضى بالأدلة المقدمة ، أن تعاد القضية الى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة الى خصمه . فطلبه اعادة القضية الى المرافعة ليس طلباً منجزاً كما هى الحال فى الفرض الأول ، بل هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضى بالأدلة المقدمة . وقد كان تقنين المرافعات السابق يقضى فى المادة ١٨٧/١٦٦ بأنه لا يجوز التكليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها (انظر أيضاً المادة ٢٩٠/٢٢٥ من التقنين المدنى السابق) . وكان يمكن حمل هذا النص على الفرض الثانى دون الفرض الثالث ، فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه ابتداء،

= لنفس الواقعة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٤ — ١٨ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٨) ، ولكن يصح أن ينازع فى واقعة أخرى غير الواقعة التى حلف خصمه فيها اليمين ، كما إذا حلف الشفيع على عدم العلم فيعود المشترى إلى مناقشة أوجه أخرى لسقوط حق الشفعة (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٧) . انظر أيضاً فى عدم جواز تقديم أدلة أخرى بعد توجيه اليمين : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٢ — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٣ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦ .

مع الاحتفاظ لنفسه، على سبيل الاحتياط فى حالة حلف الخصم لليمين ، بالحق فى تقـديم أدلة أخرى ، ذلك أن التكليف باليمين الحاسمة يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت الأخرى . ولـكن القضـاء حمل النص على الفرضين معاً ، وحرم على الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتيـاط فى أية صورة من الصورتين (١) . وشاعت صدفة طيبة أن تقنين المرافعات الجديد طلع دون أن يشتمل على نص مماثل للمادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات السابق ، بحجة أن هذا النص — كما تقول المذكرة التفسيرية لهذا التقنين — يقرر حكماً موضوعياً محله التقنين المدنى . وطلع التقنين المدنى الجديد خالياً هو أيضاً من هذا النص ومن النص الآخر الذى كان يشتمل عليه التقنين المـدنى السابق ، إذ كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ تقضى بأن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه

---

(١) استئناف أهلى ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ — ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص١٩٧ — أول ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٣ — ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٥ — ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٠ .

وهناك من الأحكام ما قضى بأنه إذا وجه الخصم اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع أدلة اخرى ، فان توجيه اليمين الحاسمة لا يقبل ، ولا يعتد إلا بالأدلة الأخرى المقدمة : استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣٩ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٨ .

وهناك أحكام قضت ، على العكس من ذاك ، بأنه لا يعتد بالأدلة الأخرى ، وتقبل اليمين الحاسمة دون غيرها : استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥—انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٣ و ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ — ١٠ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٦ — من وجه اليمين الحاسمة فقد نزل عما سواها من طرق الإثبات إلا الدفع بعدم الاختصاص الموضوعى : استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٠ .

وهناك أحكام قضت بقبول توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بنشوء الدين مع جواز تقـديم الدليل على انقضاء الدين بالتقادم فيما إذا ثبت نشوءه بحلف اليمين ، لأن انقضاء الدين بالتقادم لا يتعارض مع نشوئه ، بل يؤكده : استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦ .

هذا والقضاء الفرنسى يعتبر أن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع تقديم أدلة أخرى يكون من شأنه أن يجعل اليمين الحاسمة يميناً متممة للقاضى حرية التقدير فى توجيهها أو عدم توجيهها لاستكمال الأدلة المقدمة (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٦ — ص ١٤٧ — قارن فى ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨) .

فيما عداها من أوجه الثبوت . فالنص الذى كان القضاء يستند اليه فى تحريم الفرض الثالث هو الآن غير موجود فى التشريع المصرى (١) . فلا مناص اذن من الرجوع الى القواعد العامة .

وهذه تحرم دون شك — كما قدمنا — الفرض الثانى من الفروض الثلاثة السالفة الذكر . أما الفرض الثالث فلا تثريب على الخصم فيه ، فهو يقدم أدلته ، ويطالب فى الوقت ذاته توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة . وما دام يستطيع أن يوجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائى ، ففى الفرض الذى نحن بصدده لم يصدر حكم نهائى ، فيجوز له إذن أن يوجه اليمين الحاسمة فى هذه الحالة من حالات الدعوى (٢) .

المطلب الرابع

موضوع اليمين الحاسمة

٢٨٠ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام . ويجب أن تكون

---

(١) وقد أحال التقنين المدنى الجديد بدوره على تقنين المرافعات عندما أغفل نص المادة ٢٢٥/٢٩٠ ، وسيأتى بيان ذلك .

(٢) انظر بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٣٢ — ص ٣٩ وبخاصة القضاء المختلط والقضاء الإيطالى فى ص ٣٤ هامش رقم ٣ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٨١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٣٣ — الأستاذ أبو هيف فى المرافعات فقرة ٩١١ — وقد قضى التقنين الألمانى (م ٤١٨) بأن اليمين الحاسمة إذا وجهت على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى لا يكلف الخصم بحلفها إلا عند عدم نجاح هذه الأدلة .

وقضت محكمة الأقصر — فى عهد تقنين المرافعات السابق ومع وجود المادة ١٦٦/١٨٧ من هذا التقنين — بأنه لا مانع يمنع الخصوم من توجيه اليمين الحاسمة بعد تقديم طرق إثبات أخرى أو حتى عند عدم نجاح هذه الطرق الأخرى (١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٤٤ ص ٢٥٦) .

الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فان كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها (١)» .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١١٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٧٢ و٤٧٩ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادتين ٢٢٩ فقرة ٢ و٢٣٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٠ فقرة أولى (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجب أن تنصب اليمين الحاسمة على واقعة متعلقة بشخص من وجهت له اليمين ، أو على أية واقعة أخرى إذا انصبت اليمين على مجرد العلم بهذه الواقعة . ٢ — ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفى كل نزاع مدنى ، إلا أنه لا يجوز توجيهها فى واقعة مخالفة للنظام العام » . وفى لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية إلى صدر الفقرة الأولى لتكون أدق فى الدلالة على الحكم المقصود ، وقد تقدم ذكر ذلك ، وأصبح نص المادة على الوجه الآتى : « ١ — لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها . ٢ — ويجوز أن توجه اليمين فى أية حالة كانت عليها الدعوى » ، وأصبحت المادة ٤٢٤ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ وص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — ص ٦٩٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٤٤ : ١ — يجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها — ٢ . يجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى فى كل نزاع ، إلا إنه لايجوز توجيهها فى واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام أو للآداب . (الحكم واحد فى القانون السورى والتقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى وفى كل نزاع مدنى . إلا أنه لايجوز توجيهها فى واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب — م ٤٧٩ . ١ — إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم . ٢ — واليمين إما بالسبب فيما لايرتفع سببه ، أو بالحاصل فيما يرتفع سببه — (ويلاحظ أن الحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى ، ولو أن بعض نصوص التقنين العراقى مستمد من الفقه الإسلامى) .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥٩ (١) .

وتنص المادة ١٧٥ من تقنين المرافعات على أنه «يجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التى يريد استحلافه عليها ، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة جلية » . وتنص المادة ١٧٦ من هذا التقنين على أن « للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التى يعرضها الخصم بحيث تتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها(٢) » .

٢٨١ — لا توجه اليمين الحاسمة لمسألة من مسائل القانون: ونذكر منذ البداية أن اليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا فى واقعة قانونية ، أى فى مسألة من مسائل الواقع ، لا فى مسألة من مسائل القانون . ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضى وحده لا من شأن الخصوم ، وقد قدمنا أن هؤلاء لا يكلفون باثبات مسائل القانون . واليمين الحاسمة فى هذه الناحية كالإقرار(٣) .

٢٨٢ — توجه اليمين الحاسمة فى واقعة قانونية محددة أيا كانت قيمتها : فلا توجه اليمين الحاسمة إذن إلا لمسألة من مسائل الواقع : واقعة قانونية محددة

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٢٩ فقرة ٢ : ولا يجوز الاستحلاف على فعل جرمى أو مناف للنظام العام ، ولا على عقد يوجب القانون لصحته سنداً خطياً ، ولا على إنكار واقعة يفيد صك رسمى حصولها بحضور المأمور الرسمى الذى قبل العقد — م ٢٣٠ : لا يجوز الاستحلاف إلا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذى يكلف اليمين ، أو علمه بأية واقعة أخرى . (والحكم واحد فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ فقرة أولى : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٩ : ولا يجوز توجيهها (اليمين الحاسمة) إلا على واقعة تتعلق بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1359 : Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à laquelle on le défère.

(٢) وقد أورد قانون البينات السورى فى المادة ١١٨ منه نص هاتين المادتين من تقنين المرافعات المصرى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتعين أن ترد اليمين على واقعة قانونية ، لا على مسألة من مسائل القانون . فحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار . ذلك أن استخلاص الآثار القانونية التى ترتب على الواقع من شأن القاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩) .

واضحة . ويجب على من يوجه اليمين أن يضع صيغتها ، بحيث يبين بعبارة واضحة دقيقة الواقعة التي يريد استحلاف خصمه عليها . فاذا رأى القاضي أن الصيغة يعوزها الوضوح أو الدقة ، كان له أن يعدل فيها حتى تتحدد الواقعة المطلوب الحلف عليها (م ١٧٥ — ١٧٦ مرافعات) . وفي هذه الحالة لا توجه اليمين إلا بعد أن يوافق الخصم الذي وضع الصيغة الأولى على التعديل الذي أدخل فيها ، فقد يكون هذا التعديل من شأنه أن يحور الصيغة تحويراً يجعلها تنصرف إلى معنى غير الذي أراده ، فلا يرضى بتوجيه اليمين على هذا النحو[1] ، وقد قدمنا أن توجيه اليمين تحكيم من جانب الخصم لا من جانب القاضي [2] .

ويصح توجيه اليمين الحاسمة في أية واقعة قانونية ، أياً كانت قيمتها ، حتى لو جاوزت هذه القيمة نصاب البينة وليس عند المدعى كتابة تثبت مدعاه . فيستطيع ، وقد عجز عن تقديم الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون ، أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة ، وهي آخر ملجأ له في هذه الحالة . أما إذا كان عنده مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهو لا يوجه اليمين الحاسمة إلا إذا عجز عن استكمال دليله بالبينة أو القرائن . فان استطاع ذلك ، أو استطاع إقناع القاضي باستكمال الدليل عن طريق توجيه اليمين المتممة إليه هو ، فانه حينئذ لا يلجأ إلى توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بعد أن توافر لديه الدليل على حقه [3] .

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ .

(٣) والقضاء مستفيض في هذا الموضوع : والمبدأ الأساسي هو أن اليمين توجه في أية واقعة منتجة جائزة الإثبات (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٧٢ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠) — ويجوز توجيهها حتى بعد الدفع بالتقادم (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦) — كما يجوز توجيهها لإثبات عكس الثابت بالكتابة : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٦ — ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ (لإثبات التخلص من دين ثابت بالكتابة) — ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ (المقترض يتمسك بأن في ذمته مبلغاً أقل ، فاليمين يجب أن تفسح المجال لحلول ثلاثة : الحلف على المبلغ الأكبر الذي يتمسك به المقرض ، النكول إطلاقاً ، الحلف على المبلغ الأقل الذي يتمسك به المقترض) — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ (لإثبات ما يجاوز الكتابة أو يعارضها) — ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ (على صحة حساب حتى لو كان هذا الحساب قد صدق عليه) — ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٢ لا توجه اليمين لمعارضة واقعة ثابتة بمستند صادر ممن وجهها) — ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ =

٢٨٣ — عدم مخالفة الواقعة للنظام العام : ويجب أن تكون الواقعة التى يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . ذلك أن توجيه اليمين تحكيم ، كما قدمنا ، وهو والإقرار فى هذا سيان . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لا يصح التحكيم إلا ممن له التصرف فى حقوقه ، ولا يصح التحكيم فى نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ولا فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح » ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين فى وصية تزيد على الثلث ولا فى هبة عقار لم تكتب فى ورقة رسمية لأن الواقعة تخالف القانون . ولا يجوز توجيه اليمين فى النسب ولا فى الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام . ولا يجوز توجيه اليمين فى إيجار منزل للعهارة أو للمقامرة لأن هذا يخالف الآداب . وقس على ذلك عدم جواز توجيه اليمين فى دعوى يدفع فيها بالتقادم اذا لم يكن مبنيا على افتراض الوفاء [١] ، أو يدفع بعدم جواز سماعها لحجية الأمر المقضى ، أو يطلب فيها اثبات التزام طبيعى مع الحكم بتنفيذه ، أو اثبات اتفاق على ربا فاحش [٢] .

= م ١٧ ص ٨ (ولو لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة) — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤ و ١٤ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٦ و ٢٣ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨١ (لإثبات عكس الثابت بالكتابة) — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢٣ — ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٨٤ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٤ — وأنظر : استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ (الإثبات بعض الوقائع المتنازع عليها دون البعض الآخر) .

أنظر فى هذة المسألة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١) — وانظر أيضاً : أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٤) .

(١) والصورة هنا أن يدفع المدعى عليه بتقادم الدين ، فيوجه إليه الدائن اليمين الحاسمة ليحلف على أن الدين غير موجود فى ذمته . ولكن يجوز للمدعى عليه ، إذا لم يستطع إثبات التقادم ، أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعى ليحلف على أن الدين موجود فى ذمة المدعى عليه .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٣ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة لو صحت كانت جريمة ، لأنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلا على ارتكاب الجريمة (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . كذلك لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة ولا اليمين المتممة فى دعوى جنائية أو فى دعوى مدنية مرفوعة أمام محكمة جنائية (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ =

ولكن اذا وجهت اليمين من الشخص الذى كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتيب حكم القانون عليها ، فان هذا يجوز ، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين الى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذى يطالب به لايشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين الى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سبباً غير مشروع كمقامرة أو رهان(١) .

= فقرة ١٥٧٦ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٢٥ — ص ٢٦ — وقارن جارسون فى تعليقاته على قانون العقوبات الفرنسى ٢ فقرة ٦٣٧) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « . . نص (المشروع) على عدم جواز توجيه اليمين بشأن واقعة تخالف النظام العام ، فلا يجوز توجيه اليمين مثلا بشأن واقعة جنائية ، فاليمين قاصرة على المنازعات المدنية ، ولا تقبل قط فى المسائل الجنائية ولو فيما يتعلق بالدعوى المدنية . وقد أقر الفقه والقضاء الاستثناءات الآتية ولم يجز توجيه اليمين : (ا) لإقامة الدليل على تصرف يشترط لوجوده شكل خاص ، لأن الكتابة لا تكون فى هذه الحالة دليلا فحسب ، بل تكون شرطاً من شروط الصحة . (ب) للمنازعة فى البيانات التى يلحق بها وصف الرسمية فى محرر رسمى ، لأن الدليل العكسى لا يقام إلا من طريق الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . (ج) لنقض دلالة قرينة قانونية مؤسسة على النظام العام (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

(١) وقد قضت محكمة أسيوط الجزئية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة مخلة بالشرف أو مخالفة للقانون كواقعة ربا فردية ، لأن توجيه اليمين فى مثل هذه الحالة لا ينافى النظام العام أو الآداب (٢٥ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣٣) — وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات الربا الفاحش (أى واقعة فردية) لأن ذلك وإن كان يؤدى إلى إثبات ركن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام فى شىء (١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ ، قارن الأقصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٢٥٩) . أما إذا كانت الوقائع المراد التحليف عليها تكون عادة الإقراض بالربا الفاحش ، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيها ، لأنه لا يجوز التحليف على واقعة لو صحت كانت جريمة كما قدمنا (انظر الحاشية السابقة) . ومع ذلك فقد جاء فى حكم لمحكمة أسيوط الكلية : اختلف الفقهاء فى جواز تحليف اليمين على واقعة معاقب عليها جنائياً ، فقال البعض بجوازه استناداً إلى أن المطلوب تحليفه إذا كان بريئاً حلف اليمين ، وإلا فهو ليس أهلا للرعاية ، وقال البعض الآخر إنه لا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنياً على ما لايجوز التحليف عليه جنائياً . غير أنه مجمع على جواز التحليف على واقعة ولو كانت ماسة بالشرف ، وكذا على واقعة واحدة لربا فاحش إذ هى وحدها لا تكون جريمة الاعتياد على الربا الفاحش (٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣٨ ص ٥٥٦) .

ونرى مما قدمناه من القضاء المصرى أن الرأى الراجح هو جواز التحليف على واقعة ماسة =

٢٨٤ — يجب أن تكون الواقعة حاسمة فى الدعوى : ولا توجه اليمين الحاسمة الا فى واقعة حاسمة فى الدعوى[1] . ذلك أن مهمة هذه اليمين — كما هو ظاهر من اسمها — هى حسم النزاع . وهى بمجرد توجيهها الى الخصم تقرر مصير الدعوى . فاذا حلفها خسر المدعى دعواه، واذا نكل أجيب المدعى الى طلباته ، واذا ردها وحلف المدعى كسب الدعوى، أو ردها ونكل المدعى خسر الدعوى. فعلى أى وجه من الوجوه تنتهى اليمين الحاسمة ، فان النزاع لا بد أن ينحسم بها . ومن ثم لا يجوز توجيهها الا فى الواقعة التى ينحسم بها النزاع . فلا يجوز توجيهها بالنسبة الى الطلبات الأصلية مع احتفاظ المدعى بالحق، اذا حلف المدعى عليه ، فى تقديم طلبات احتياطية[2] . ولا يجوز توجيهها من المقترض الى المقرض فى أن القرض لا يشتمل على فوائد ربوية اذا كان المقترض يطلب الحكم برفض الدعوى أصلا لأن القرض لم يتم[3] .

وغنى عن البيان أن الواقعة الحاسمة فى الدعوى يجب أن تكون الواقعة الأساسية فيها ، فلا يصح توجيه اليمين فى واقعة لا تدخل فى نطاق الدعوى .

= بالشرف وعدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية . ومع ذلك فقد أورد الأستاذ عبد السلام ذهنى خلافاً فى هاتين المسألتين (انظر الأدلة ٢ ص ١٨ – ص ٢٠) .

انظر فى الفقه الفرنسى : أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٦ ص ١٠٥١ وفقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ – ص ١٠٥٤ .

(١) استئناف مصر ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٤ ص ١٥٣ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١ ص ٣٩ — استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ — ٢٦ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ — ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ — ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ – ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ١٨٨ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ — ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٨ .

(٣) ولا يجوز توجيهها مع حفظ الحق ، فى حالة الحلف ، فى رفع دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١) — ولا فى وقوع اتفاق مع محام على الاتعاب التى يتقاضاها ، مادام هذا الاتفاق ، بفرض وقوعه ، يجوز للقاضى تعديله (استئناف مختلط . =

مثل ذلك أن ينكر المدعى عليه أنه اقترض المبلغ الذى يطالبه به المدعى ، فلا يجوز توجيه اليمين من المدعى إلى المدعى عليه أنه وفى بهذا المبلغ ، مادام المدعى عليه يقول إنه غير مدين أصلا ، فلم تدخل واقعة الوفاء فى نطاق ما يدفع به دعوى المدعى . ولا يصح توجيه اليمين فى موضوع الدعوى أمام القضاء المستعجل لأن هذا القضاء لا شأن له بالبت فى الموضوع ، ولكن إذا وجهت اليمين فى واقعة تدخل فى اختصاص القضاء المستعجل أمام هذا القضاء صح ذلك [1] .

وكون الواقعة التى توجه فيها اليمين داخلة فى الدعوى وحاسمة فيها مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومن ثم لا رقابة لمحكمة النقض عليها [2] .

٢٨٥ — تعلق الواقعة بشخص من وجهت اليه اليمين — يمين عدم العلم : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين [3] . فلا يجوز أن توجه لخصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه [4] ، الا اذا أريد تحليفه على عدم علمه بهذه الوقائع . فلا توجه اليمين إلى صاحب السيارة

= ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠) — ولا يجوز توجيهها إلى مدير مصرف فى تعليمات يقول أحد العملاء إنه أعطاها لأحد الموظفين فى غياب المدير ، ما دامت هذه التعليمات ، بفرض صحة صدورها من العميل ، لا ترتب مسئولية المدير (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٦) . ولكن يجوز توجيهها فى واقعة حاسمة ، حتى لو اضطر القاضى ، بعد حلفها ، إلى عمل حساب ليتبين المبلغ الذى يقضى به على وجه الدقة (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢) .

(١) جارسونيه وسيزار برى فى المرافعات ٨ فقرة ٢٠٨ ص ٢٨ — سيزار برى وهبرو فى القضاء المستعجل ١ فقرة ٥٥ ص ١١٣ — أنسيكلوبيدى داللوز فى القانون المدنى (Preuve) فقرة ١١٤٠ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٢ — وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٦٢ رقم ٣٢ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٧ — ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٤ .

(٤) ولو تعلقت بأعمال صدرت من متبوعه وكان هو مسئولا عن هذه الأعمال (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٣ هامش رقم ٢١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٠) .

على أن السائق لم يرتكب خطأ كان سببا فى الحادث الذى وقع اذا لم يكن صاحب السيارة وقت وقوع الحادث مستصحبا للسائق ، وانما يحلف صاحب السيارة على أنه لايعلم أن السائق ارتكب خطأ . كذلك لا توجه اليمين الى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به ؛ ولكن يجوز أن يطلب من الوارث أن يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه مدين بهذا الحق ، وهذا هو غاية ما يستطيع أن يحلف عليه[1] .

وفى الحالتين المتقدمتى الذكر انما يحلف الخصم على عدم العلم لاعلى البتات ، لأنه يحلف على فعل غيره لا على فعل نفسه ، كما يقول التقنين المدنى العراقى فى الفقرة الأولى من المادة ٤٧٩[2] . ولذلك سميت هذه اليمين بيمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédébilité)[3] . وهى غير يمين الاستيثاق (serment libératoire) التى سيرد ذكرها عند الكلام فى اليمين المتممة ، وان

---

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣١ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص١٥٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ — ٥ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٥١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ .

(٢) وقد رأينا أن المادة ٤٧٩ من التقنين المدنى العراقى تنص على ما يأتى : « ١ – إذ حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم . ٢ – واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالحاصل فيما يرتفع سببه » . ومثل من يحلف على البتات لأنه يحلف على فعل نفسه من ادعى عليه ببيع أو طلاق فيحلف أنه ما باع وما طلق . ومثل من يحلف على عدم العلم لأنه يحلف على فعل غيره من ادعى على مورثه بدين فيحلف أنه لا يعلم أن على مورثه الدين المدعى به . أما اليمين بالسبب أو بالحاصل ، فينظر فيها إلى دعوى المدعى وإنكار المدعى عليه . فإن كان المدعى يطلب حقاً لم يبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا الحق ، فاليمين تكون بالحاصل، ويحلف أن هذا الحق ليس فى ذمته . وأن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه حاصل دعواه ، فاليمين تكون أيضاً بالحاصل ، كما إذا قال المدعى أن له ديناً فى ذمة المدعى عليه سببه القرض ، فينكر المدعى عليه المديونية ذاتها دون أن يتعرض للقرض ، فيحلف أنه ليس مديناً للمدعى . وإن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا السبب ، فاليمين تكون بالسبب ، فى المثل المتقدم ينكر المدعى عليه القرض، ويحلف أنه ما وقع (أنظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز المادة ١٧٤٩ ص ١١٠٢ — ص ١١٠٥ — طرق القضاء للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٢٥٣ – ص ٢٥٧) .

(٣) ويلاحظ أن يمين عدم العلم قد عممت فى التقنين المدنى الجديد، فأية واقعة لا تكون قضية شخصية للخصم يحلف على عدم علمه بها، دون نظر إلى ما إذا كان هذا الخصم هو الوارث أو غيره . وسنرى فى يمين الاستيثاق أن اليمين على عدم العلم فى المواضع التى تطلب فيها هذه اليمين إنما يحلفها=

كان يقع الخلط بينهما كثيراً (١) ، فيمين عدم العلم يمين حاسمة ويمين الاستيثاق الراجح فيها أنها يمين متممة ، وسيأتى بيان ذلك .

= الورثة والأوصياء . أما فى القانون الفرنسى فيمين عدم العلم تحلفها الورثة دون غيرهم ، لأن نص التقنين الفرنسى (م ١٣٥٩) لم يرد فيه من التعميم ما ورد فى نص المادة ٤١١ فقرة أولى من التقنين المدنى المصرى الجديد (انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ هامش رقم ١١ وهامش رقم ٢٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٨ مكرر ١ — فقرة ٢٧٣٨ مكرر ٢ .

(١) وسبب هذا الخلط أن يمين الاستيثاق المنصوص عليها فى المادة ٣٧٨ مدنى وفى المادة ١٩٤ تجارى — وسيرد بيان ذلك تفصيلا — اعتبرت خطأ هى يمين عدم العلم . ثم وسع نطاقها ، فلم تصبح مقصورة على الحالتين المنصوص عليهما فى المادتين السالفتى الذكر ، بل عممت فأصبحت تشمل جميع الحالات التى يمكن أن تحلف فيها الورثة على عدم علمهم بواقعة متصلة بشخص المورث . وبقيت اليمين على اسمها - يمين الاستيثاق - بعد هذا التعميم . فاختلطت يمين الاستيثاق المحدودة فى نطاق معين وفى نصوص معينة – وهذه هى وحدها التى يصح أن يطلق عليها يمين الاستيثاق — بيمين عدم العلم التى لا شأن لها بالنطاق المرسوم ليمين الاستيثاق . ونلمح أثر هذا الخلط فى الأحكام والمؤلفات الفقهية (انظر مثلا : نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٣ ص ٣٩٥ — استئناف أسيوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣٣ ص ٣٩٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٦١٠ — نظرية الالتزام للأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت الطبعة الأولى فقرة ٨٤٠ — فقرة ٨٤١ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠) . وانظر فى وجوب التمييز بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الأثبات فقرة ١٤٤ .

ونورد حكمين لمحكمة استئناف أسيوط ، أحدهما يخلط بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، والحكم الثانى على النقيض من ذلك يميز بين اليمينين . جاء فى الحكم الأول : يجوز توجيه يمين عدم العلم أو يمين الاستيثاق ، تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بتحليف اليمين ، إذا توافرت شروطها القانونية . وليس من الصواب الأخذ بالرأى المرجوح القائل بأن يمين الاستيثاق لا يصح توجيهها إلا فى الحالات الاستثنائية الواردة بالمادتين ٢١٢و٢١٣ من القانون المدنى (القديم) والمادة ١٩٤ من القانون التجارى ، لأن القول بهذا الرأى ينافى العدل ، إذ ينقطع سبيل الدائن على الوارث الذى يعلم تمام العلم بأن مورثه مات وذمته مشغولة بالدين (١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣٣ ص ٣٩٧) — وجاء فى الحكم الثانى : إذا كان الأصل فى اليمين الحاسمة ألا توجه إلا لنفس الخصم عن واقعة متعلقة بشخصه ، إلا أن هذا لا يمنع من توجيه اليمين للورثة على أن تكون صيغتها قاصرة على علمهم أو عدم علمهم بمديونية مورثهم لحين وفاته . وهذا العلم أو عدم العلم بالمديونية مسألة شخصية بالنسبة للوارث ، فقد يكون الدين صحيحاً ومع ذلك لا يعلم به الوارث فيحلف صادقاً بعدم العلم . وليست هذه اليمين يمين استيثاق ، بل هى حاسمة يلتزم من وجهها بنتيجة توجيهها (١٠ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٣٠٢ ص ٦٢٥) . انظر أيضا : بنى سويف الجزئية ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ٢٠٠ .
=

المطلب الخامس

عدم جواز الرجوع فى اليمين الحاسمة

٢٨٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف »(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى م ١١٦ فقرة ٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٧٦ — وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠١ (٣) .

= ويمين عدم العلم — ككل يمين حاسمة — لا يجوز أن توجه إلى قاصر ولا يملك وصيه الحلف عنه . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط ، فى هذا المعنى ، بأنه إذا وجهت اليمين الحاسمة ثم توفى من وجهها ، فرد الموجه إليه تلك اليمين على الورثة ومنهم البلغ والقصر ، فيعتبر أنه قد ارتضى هذه اليمين من البلغ دون القصر ، لأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة للقصر لعــدم أهليتهم ، ولا يملك وصيهم الحلف عنهم . واليمين الحاسمة التى يوجهها الخصم إلى خصمه فى الدعوى إنما يوجهها عند عجزه عن الإثبات ، فإذا كان من وجهت إليه اليمين قاصراً بقيت حالة العجز عن الإثبات كما هى ، فلا يصح أن يلزم القاصر بشىء إذ لا يمكن اعتباره ناكلا (١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٥ ، ثم مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ — ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى — قانون البينات السورى م ١٦٦ فقرة ٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٧٦ : مطابقة لنص التقنين المصرى . =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٤ (١) .

وتنص المادة ١٧٧ من تقنين المرافعات على أنه « إذا لم ينـازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فان لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته ، فان حضر وامتنع دون أن ينـازع أو تخلف بغير عـذر اعتبر ناكلا كذلك » . وتنص المادة ١٧٨ من تقنين المرافعات أيضاً على أنه « إذا نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منـازعته وحكمت بتحليفه ، بينت فى منطوق حكمهـا صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه فى المادة السابقة » .

٢٨٧ — متى يجوز الرجوع فى توجيه اليمين الحاسمة وفى ردها : ويتبين من نصوص تقنين المرافعات أن اليمين الحاسمة متى وجهت الى الخصم ، فله أن ينازع فى جواز توجيهها أو فى تعلقها بالدعوى . فان لم ينازع ، أو نازع ورفضت المحكمة منـازعته ، حكمت بتحليفه ، وبينت فى منطوق حكمها صيغة اليمين المطلوب من الخصم أن يحلفها .

وقد كان من المعقول وقد صـدر الحكم بالتحليف — وانقطعت معارضـة الخصم فيه فأصبح ملزماً بالحلف أو بالرد وإلا عد ناكلا — أن يصبح ممتنعاً على الخصم الذى وجه هذه اليمين أن يرجع فى توجيهها . وهذا هو منطق الوضع الذى صـار إليه طالب اليمين : وجه اليمين الى خصمه ، فصدر حكم بتوجيهها ،

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٥ : إن الفريق الذى كلف خصمه حلف اليمين أو ردها عليه لا يجوز له الرجوع إذا صرح الخصم باستعداده لحلف اليمين . (وهذا النص يطابق فى الحكم نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠١ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٤ : الخصم الذى وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع فى ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف هذه اليمين .

Art. 1364 : La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

وأصبح خصمه ملزماً إما بالحلف وإما بالرد دون أن يتوقف شيء من ذلك على قبوله ، فكان المنطق يقضي بأن الوقت الذى يعلم فيه الخصم الذى وجهت إليه اليمين بصدور الحكم بتحليفه هو الوقت الذى لا يستطيع فيه الخصم الذى وجه اليمين أن يرجع عن هذا الطلب . أما قبل ذلك فيكون له الرجوع ، ويلجأ فى إثبات الدعوى الى طرق أخرى غير اليمين ، أو ينزل عن دعواه حتى يتيسر له الحصول على أدلة الإثبات فيرفع الدعوى ثانية إذا كان حقه لم يتقادم .

ولكن نصاً صريحاً فى التقنين المدنى الجديد يقضي ، كما رأينا ، بأنه « لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف » . وهذا النص مصدره المادة ١٣٦٤ من التقنين المدنى الفرنسي ، وتقضى بأن « الخصم الذى وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع فى ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف اليمين» . فالنص صريح إذن فى أن من وجه اليمين أو ردها يجوز له الرجوع فى ذلك ما دام خصمه لم يعلن أنه قبل أن يحلف اليمين . فيجوز الرجوع إذن حتى بعد صدور الحكم بتحليف اليمين ، وحتى بعد إعلانه للخصم . ولا يسقط حق الرجوع هذا إلا اذا أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف . فان لم يعلن هذا الاستعداد ، بقى حق الرجوع قائماً حتى يحلف اليمين فعلا (١) .

وبالرغم من أن هذا الحكم لا يتفق مع المنطق ، كما قدمنا ، وبالرغم من أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لا تعين على تبريره (٢) ، فانه الحكم الذى

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨ .

(٢) وهذا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « استقى نص هذه المادة من التقنين الفرنسى (م ١٣٦٤) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٢) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٢) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٢٨) . وليس هذا النص سوى نتيجة لطبيعة اليمين من الناحية القانونية . فاليمين ، كما تقدم ، نظام استلهمت فيه مقتضيات العدالة ، وهو يبيح لمن يعوزه الدليل أن يركن إلى ذمة خصمه . . . ويبيح لمن توجه إليه أن يردها بدلا من أدائها أو النكول عنها . ويقابل كلا من هذين الحقين التزام الطرف الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا كان هذا الحق خلوا من الفائدة . ويتفرع على ذلك أنه إذا احتكم شخص إلى ذمة خصمه ، فليس له أن يعدل فى موقفه إذا استجاب الآخر لهذا الاحتكام بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أوردها ، لأن النزاع فى هذه الحالة ينتقل من نطاق القانون إلى نطاق العدالة . ويتضح من ذلك أن الأمر لا يمكن أن يتعلق بتعاقد أو صلح تؤسس عليه اليمين ، لأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد =

تقضى به صراحة النص ، وقد جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنسا (١) .

فاذا ما قبل الخصم الحلف (٢) ، ولو كان القبول مقترناً بطلب تعديل اليمين لتكون منتجة فى الإثبات(٣) ، امتنع على الخصم الذى وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك . فان رجع رفضت دعواه ، لأنه ترك بتوجيه اليمين أو بردها ما عداها من طرق الإثبات (٤) . وذلك كله ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط أو تدليس أو إكراه (٥).

= الخصوم لا يترك له حرية رفضها . بل القانون يفرض على من توجه إليه التزاماً تخييرياً بأدائها أو النكول عنها أو بردها ، متى قضى بقبولها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤) .

فالمذكرة الإيضاحية تذكر أولا أنه ليس لمن وجه اليمين ، وقد احتكم إلى ذمة خصمه ، أن يعدل فى موقفه إذا استجاب الخصم لهذا الاحتكام بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أو ردها . وهذا صريح فى أن الخصم الذى وجه اليمين لا يمتنع عليه حق الرجوع إلا من وقت قبول خصمه للحلف أو الرد . ولكن المذكرة تعود ثانياً إلى القول بأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد الخصوم لا يترك له حرية رفضها . فقبول هذا الخصم ليس إذن ضرورياً . ففيم إذن جعلنا هذا القبول هو الذى يمنع من الرجوع فى توجيه اليمين ! ومهما يكن من أمر ، فالأفضل أن يعتبر ، كما قدمنا ، قبول الخصم الذى وجهت اليه اليمين بمثابة قبول المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير يمنع رجوع المشترط عن اشتراطه ، وإن كان المنتفع حراً فى القبول أو الرفض وليس الخصم الذى وجهت إليه اليمين حراً فى قبول هذا التوجيه أو رفضه . (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢١٥ — ص ٢١٦) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ وهامش رقم ٤٠ — ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن قبول الخصم الذى وجهت إليه اليمين يعتبر قبولا لإيجاب (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٧ ص ١٠٥١) . وانظر فى هــذا المعنى وفى أن هناك عقداً قضائياً (contrat judiciaire) يتولد من اقتران هذا الإيجاب بالقبول : استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٧ — ٢٨ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٦٥ .

(٢) ولا يعتبر قبولا أن يرضى بالحلف على بعض الوقائع دون بعض (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٠ .

(٤) استئناف أهلى ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٤ . وامتنع عليه كذلك أن يطلب تعديل اليمين (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — كذلك إذا صدر إقرار من الخصم الذى وجهت إليه اليمين فهذا أقوى من النكول ، ولم يعد لليمين محل وجاز الرجوع فيها (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٦) .

أما قبل قبول الخصم للحلف، أو قبل أن يحلف فعلا ، فانه يجوز الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها(١) . ولا يشترط في الرجوع شكل خاص . بل إن استئناف الحكم القاضي بتوجيه اليمين أو بردها يعتبر رجوعاً في التوجيه أو في الرد(٢) .

٢٨٨ — الأثر الذي يترتب على الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها: واذا رجع من وجه اليمين في وقت كان الرجوع فيه جائزاً ، ثم لجأ الى طرق أخرى لإثبات دعواه فلم يفلح ، جاز له أن يعود ثانية الى توجيه اليمين ، ما لم يكن قد نزل نهائياً عن توجيهها وقبل منه خصمه هذا النزول(٣) .

أما إذا رجع من رد اليمين على خصمه في هذا الرد ، اعتبر رده لليمين كأن لم يكن ، وعادت اليمين موجهة إليه هو ، وتعين عليه أن يحلف و إلا عد ناكلا(٤) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة

٢٨٩ — مسائل أربع : إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم وفقاً للأحكام التي قدمناها ، لم يسع هذا الخصم إلا أحد أمرين : اما أن يحلف اليمين ، واما أن يردها على من وجهها . فاذا لم يحلف اليمين أو يردها، عد ناكلا

---

(١) كفر صقر ٨ يوليه ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢١ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٦ — ١ — ٢١٦ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ – ص ١٥٠ وهامش رقم ٤٠ — الموجز للمؤلف ص ٦٩١ – عكس ذلك ديرانتون ١٣ فقرة ٥٩٧ — لارومبيير م ١٣٦٤ فقرة ٣ .

(٤) ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع الخصم ، بعد أن رجع في رد اليمين ، أن يعود ثانية إلى ردها، وذلك قياسا على أن من يرجع في توجيه اليمين يستطيع أن يعود ثانية إلى توجيهها . هذا مالم يكن قد فهم ضمنا من رجوعه في رد اليمين أنه عدل نهائيا عن ردها ، فعندئذ يتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلا .

وخسر الدعوى[1]. فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتماً من جانب هذا الخصم أحد مواقف ثلاثة : (١) إما أن يحلف اليمين (٢) وإما أن يردها على خصمه (٣) و إما أن يمتنع عن الحلف والرد فيعد ناكلا . ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون .

فهذه مسائل أربع نتكلم فيها على التعاقب : (١) حلف اليمين الحاسمة (٢) ردها (٣) النكول عنها (٤) حجيتها .

المطلب الأول

حلف الخصم لليمين الحاسمة

٢٩٠ — كيفية الحلف : يجب على الخصم الذى وجهت إليه اليمين الحاسمة ، ولم يردها على خصمه ، أن يؤدى اليمين بنفسه ، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره ، فلا يصح أن يوكل غيره فى الحلف . وقد نصت المادة ١٨٣ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة فقالت : «لا يجوز التوكيل فى تأدية اليمين» . و إذا صح التوكيل فى تحليف اليمين ، فان التوكيل فى حلفها لا يجوز ، كما قدمنا . وفى هذا المعنى تقول المادة ٤٧٣ من التقنين المدنى العراقى : «تجرى النيابة فى التحليف ، ولكن لا تجرى فى اليمين» . (انظر أيضاً المادة ١٣٢ من قانون البينات السورى) .

وتأدية اليمين تكون بأن يقول الخصم : «أحلف» [2] ، ثم يذكر صيغة اليمين التى أقرتها المحكمة . فاذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة فى الحلف ،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذى يوجه اليمين يجب أن يقضى بقبول أو رفض الدعوى فى حالة الحلف أو عدم الحلف ، فهو حكم معلق على شرط فى كل من الشقين (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٠ — ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣) .

(٢) ولا يجوز التحليف بصيغة الطلاق : فإن الحلف بهذه الصيغة يتعدى أثره إلى الزوجة والأولاد . وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن توجيه اليمين بصيغة الطلاق يخالف القانون ، وذلك لأن قانون المرافعات لم يسمح للخصم الذى يكلف خصمه باليمين إلا أن يقدم صيغة الواقعة التى يريد الاستحلاف عليها ، وقد جرى العرف فى القضاء الأهلى بأن تكون اليمين بصيغة «أقسم أو أحلف بالله العظيم» ، وحكمة هذا هو الشعور بجلال المحلوف به وبرهبته وخشية العقاب . =

جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع[1] . وقد وردت هذه الأحكام صراحة فى تقنين المرافعات . فنصت المادة ١٨٠ من هذا التقنين على أن «تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف أحلف ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة» . ونصت المادة ١٨١ على أنه «لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة فى ديانته إذا طلب ذلك» . (انظر أيضاً المادتين ١٢٩و١٣٠ من قانون البينات السورى) .

=واليمين بصيغة الطلاق ليس فيها شىء من حكمة اليمين ، ويتعدى أثرها إلى الغير (الزوجة والأولاد)، فهى أضعف من اليمين بالله قوة ، وهى تضر الغير إذا كان الحالف حانثا (١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٣١ ص ١٩٦) .

(١) كذلك يجوز للخصم الذى وجه اليمين أن يطلب من خصمه أن يضع يده على ما يعتبر فى دينه الكتاب المقدس ، إمعاناً فى إشعاره بجلالة الموقف وبخطر اليمين . وقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه لا مانع يمنع الخصم عند توجيه اليمين الحاسمة لخصمه من أن يطلب منه أن يضع يده على المصحف أو الإنجيل أو التوراة وقت الحلف ، فاذا قبل الخصم حلف اليمين ورفض وضع يده على الكتاب عد ناكلا عن اليمين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ١٠٠ ص ٤٩٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية بأن وضع اليد على المصحف الشريف ليس من الشرع فى شىء ، ومن باب أولى وضع اليد على مصحف خاص معروف بالبتوكية ، وعليه فمن يرفض حلف اليمين على هذه الصورة لا يعد ناكلا عن اليمين (١٤ يونيه سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧١ ص ٢٢٧ — قارن محكمة النقض الفرنسية فى قضايا الحالف فيها مسلم من الجزائر : ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤—٥٨٥ — ٤ مايو سنة ١٩٣٦ — داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ ٣٣٢ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ سيريه فهرست ١٩٤٠ لفظ الجزائر Algérie فقرة ٣ — أنسيكلوبيدى داللوز فى القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١٠٦١) .

وكان تقنين المرافعات المختلط (م ١٩٠) يوجب رفع اليد اليمنى عند القسم . أما التقنين الوطنى فلم يكن يوجب ذلك ، وجرى العمل فى المحاكم الوطنية على أن يقسم الحالف « بالله العظيم » .

وقد رأينا أنه إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على التأكيد باسم الذمة والضمير ، جاز له أن يكتفى بذلك ما دام مثل هذا التأكيد يعتبر يميناً فى دينه . ولكن لا يلزم الخصم باتباع أوضاع دينه فى الحلف إذا عرض أن يحلف وفقاً للأوضاع المدنية . (انظر أنسيكلوبيدى داللوز فى القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٠٦٢ وفقرة ١٠٦٥) .

أما كيفية الحلف فى الفقه الإسلامى فقد جاء فى شأنه فى البدائع ما يأتى : « وقال مشايخنا ينظر إلى حال الحالف ، إن كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة ، يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ . وإن كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ ، لأن من العوام من لا يبالى عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع . وقال بعضهم إن كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل ، وإن كان كثيراً يغلظ . وصفه التغليظ أن يقول : والله الذى=

ويعتبر فى حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها (م ١٨٢ مرافعات) . وقد نصت المادة ٤٧٨ من التقنين المدنى العراقى على أنه « تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين باشارته المعهودة» .[1] (انظر أيضاً المادة ١٣١ من قانون البينات السورى) .

= لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ونحو ذلك مما يعد تغليظاً فى اليمين . وإن كان الحالف كافراً ، فإنه يحلف بالله عز وجل أيضاً ، ذمياً كان أو مشركاً ، لأن المشركين لا ينكرون الصانع ، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه : ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ، فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الإله ... وإن رأى القاضى ما يكون تغليظاً فى دينه فعل ، لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريا ، دل أن كل ذلك سائغ ، فيغلظ على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ، وعلى النصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام ، وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ... وكذلك لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : إن كان بالمدينة يحلف عند المنبر ، وإن كان بمكة يحلف عند الميزاب ، ويحلف بعد العصر . والصحيح قولنا ، لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، مطلقاً عن الزمان والمكان . وروى أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار إلى مروان بن الحكم ، فقضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر ، فقال له زيد أحلف له مكانى ، فقال له مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق ، فجعل زيد يحلف إن حقه لحق وأبى أن يحلف عند المنبر ، فجعل مروان يعجب من ذلك ، ولو كان ذلك لازماً لما احتمل أن يأباه زيد بن ثابت . ولأن تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى ، وفيه معنى الإشراك فى التعظيم » . (البدائع ٦ ص ٢٢٧ — ص ٢٢٨) . وجاء فى البحر الرائق فى صدد التحليف بالطلاق ما يأتى : « وفى الخانية وإن أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى إلى ذلك ، لأن التحليف بالطلاق والعتاق حرام ، ومنهم من جوزه فى زماننا ، والصحيح ما فى ظاهر الرواية اه . وفى كتاب الحظر والإباحة من التتارخانية والفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق اه . وفى منية المفتى لم يجزه أكثر مشايخنا ، وإن مست إليه الضرورة يفتى أن الرأى فيه للقاضى اتباعاً للبعض اه . وفى خزانة المفتين كما فى منية المفتى ، وزاد فلو حلفه القاضى بالطلاق فنكل ، وقضى بالمال ، لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر » . (البحر الرائق ٧ ص ٢١٣) .

(١) ونصت المادة ٤٧٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا اجتمعت طلبات مختلفة فى دعوى واحدة ، يكفى فيها يمين واحدة ، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة » (انظر أيضاً المادة ١١٥ من قانون البينات السورى) . ونصت المادة ٤٧٧ من هذا التقنين على أنه «لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة ، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها » (انظر أيضاً المادة ١١٧ من قانون البينات السورى) . وهذه أحكام تسرى فى القانون المصرى دون نص ، لأنها تتفق مع القواعد العامة .

و إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور ، انتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه (م ١٧٩ مرافعات) .

ويحرر محضر بحلف اليمين، يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أوالقاضى المنتدب والكاتب (م ١٨٤ مرافعات) (١) .

٢٩١ — ما يترتب على حلف اليمين الحاسمة — النصوص القانونية :

تنص المادة ٤١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، فان للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده» (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٥/٢٩٠ (٣) .

---

(١) ويجب أداء اليمين بنفس الصيغة التى طلبت بها ، وكل تعديل فى هذه الصيغة يمكن اعتباره نكولا ، وعلى ذلك إذا طلب من الخصم اليمين على أنه دفع مائة وعشرين ، ولكنه عند أدائها حلف بأنه دفع خمسة وسبعين فقط ، اعتبر هذا التعديل نكولا عن اليمين (الأقصر ٢٥ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧١) . كذلك لا يجوز التحفظ فى الحلف ، كأن يضيف الحالف عبارة تفيد أنه يقرر الواقع بقدر ما تعيه ذاكرته أو بقدر ما يعلم (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ وهامش رقم ٤٤) . ولا يجوز الامتناع عن الحلف حتى لو دفع من وجهت إليه اليمين بعدم اختصاص المحكمة ، فما عليه إلا أن يستأنف حكم الاختصاص حتى لا يعتبر حلفه بعد ذلك رضاء ضمنياً باختصاص المحكمة (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥) . ولا يمنع حلف اليمين حالفها من أن يستأنف الحكم بتوجيهها (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا تحويراً لفظياً طفيفاً . وزال كل فرق لفظى فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٤٢٦ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٣ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٥ وص ٤٥٧) .

(٣) وكانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت » .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٢٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨١ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٢[١] .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٣[٢] .

ويؤخذ من نص التقنين المدنى الجديد أن الخصم إذا حلف اليمين الحاسمة ، انحسم النزاع نهائياً ، وخسر الخصم الذى وجه اليمين دعـواه . ولا يجوز لهذا الخصم أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى فى نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين[٣] كما لا يجوز له أن يقدم أى وجه آخر للاثبات[٤] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢٠ : «١ – توجيه اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البينات بالنسبة إلى الواقعة التى ترد عليها ، فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه . ٢ – على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائى ، فان للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة » . وهذا النص يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨١ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصرى ، وهى مطابقة فى الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٤ : إذا حلف الفريق الذى كلف اليمين أو الذى ردت عليه ، فلا تقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى قرار جزائى ، حق للفريق المتضرر أن يطالب ببدل العطل والضرر ، وهذا لا يحول دون الطعن فى الحكم بطرق المراجعة القانونية الممكنة . (وهذا النص يطابق فى حكمه نص التقنين المصرى).

التقنين المدنى للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٣ : إذا أديت اليمين الموجهة أو المردودة ، فلا يقبل من الخصم الآخر أن يثبت كذب هذه اليمين .

Art. 1363 : Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

(٣) ولكن هذا لا يمنع من الطعن فى الحكم الذى صدر بالتحليف بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسرى عليها من أحكام . مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة . وفى هذه الأحوال يلغى الحكم بتوجيه اليمين ، ويترتب على ذلك بطلان الحلف (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٢٠ هامش رقم ١) .

(٤) وفى الفقه الإسلامى لا تجوز البينة بعد حلف اليمين إلا لعذر على قول خليل فى المذهب المالكى . جاء فى الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل : «وإن أنكر المدعى عليه أى أجاب =

وقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدنى السابق تنص على أن «التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت[١]» . وكان الفقه والقضاء فى مصر ، فى ظل هذا النص من التقنين السابق ، لايجيزان للمدعى ، إذا ثبت أن خصمه حلف كذباً ، أن يطالبه بالتعويض . ويثبت الحلف كذباً عادة فى دعوى جنائية تقام على الحالف . ذلك أن المادة ٣٠١ من قانون العقوبات تنص على أن « من ألزم باليمين أو ردت عليه فى مواد مدنية ، وحلف كذباً ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن تزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى» . وكان كل ما يستطيع الخصم الذى وجه اليمين إلى خصمه ، فحلف كذباً ، الانتفاع به من هذا النص ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، هو أن يبلغ ، كأى فرد عادى ، النيابة العامة عن وقوع جريمة حلف يمين كاذبة ، وأن يقدم للنيابة أدلة الإثبات على كذب اليمين بعد أن يكون قد عثر عليها ، بشرط ألا

= بالإنكار ، قال القاضى للمدعى ألك بينة ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعذر للمدعى عليه فيها كما يأتى . فإن نفاها بأن قال لا بينة لى ، واستحلفه أى طلب المدعى تحليفه ، وحلف ، فلا بينة تقبل للمدعى بعد ذلك ، إلا لعذر كنسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها ، وأدخلت الكاف عدم علمه بها ثم علم ، كذا إذا ظن أنها لا تشهد له ، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . فلو شرط المدعى عليه على المدعى عدم القيام ببينة يدعى نسيانها أو عدم علمه بها وفى له بشرطه » . (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤ ص ١٤٦) . ولكن جمهور الفقهاء على أن البينة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء فى البدائع فى هذا المعنى : « وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً ، بل مؤقتا إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق ، حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه فى أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البينة هى الأصل فى الحجة لأنها كلام الأجنبى ، فأما اليمين فكالخلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة ، فاذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلا» . (البدائع ٦ ص ٢٢٩) .

ويستخلص من ذلك ، كما يقول الأستاذ أحمد ابراهيم ، أن اليمين فى الفقه الإسلامى كالإقرار « ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة ، يترك المدعى فى يده لعدم قدرة المدعى على إثباته ، لا قضاء بيمينه . ولذا لو جاء المدعى بعد ذلك بالبينة يقضى له بها ولو كان ترك المال فى يده قضاء له به لم ينقض » . (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٧) .

(١) وقد قدمنا أن المادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات القديم كانت أيضاً تنص على أنه : « لا يكون التحليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة ، لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها » .

تكون هذه الأدلة هي البينة أو القرائن إذا كانت قيمة المحلوف عليه تزيد على عشرة جنيهات. والنيابة العامة هي التي ترفع الدعوى الجنائية إذا رأت وجهاً لذلك. أما الخصم الذي وجه اليمين فلا يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة، بل ولا أن يدخل مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة. وحتى إذا صدر الحكم الجنائي بالإدانة في الدعوى التي رفعتها النيابة العامة، فلم يكن يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يستند إلى هذا الحكم ليطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد الحلف، أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين التي حلفها خصمه. بل لم يكن له أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن هذه اليمين الكاذبة، بالرغم من أن دعوى التعويض هذه هي غير دعواه الأولى التي خسرها (١)، وكان ينبغي ألا يصطدم قبول سماعها بحجية الأمر

---

(١) وقد كان هذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء في عهد التقنين المدني السابق: الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١ — ص ٤٣ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء ٢ فقرة ٥٥٧ — دي هلتس ٤ ص ١٧٨ فقرة ٤٣ — الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات ص ٥١٥. وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الخصم الذي يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة في دعوى مدنية يعتبر أنه تنازل عن كل حقوقه إذا حلف خصمه اليمين، سواء أكان كاذباً أم صادقاً، ولا يجوز حينئذ لمن وجه اليمين أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه، والنيابة التي لها وحدها الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة لا يمكنها أن تبدى طلبات البتة في الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حق، وإنما لها فقط أن ترفع دعوى خاصة (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٦٩). وقضت أيضاً بأنه إذا وجه أحد الخصوم اليمين الحاسمة إلى خصمه فحلفها حانثاً فيها، ثم رفعت النيابة الدعوى العمومية على الحالف، فليس لمن وجه اليمين أن يعيد دعواه المدنية بأي حال من الأحوال، ولو من طريق المطالبة بتعويض كدع بحق مدني (٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٦) — انظر أيضاً: نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١١٤ ص ١١٥ — استئناف أهلي ٢ مايو سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٨ ص ٢١٢ — أسيوط استئنافي ٢٨ يوليه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٤ — ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ الأقصر ٦ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١ — قنا الجزئية ٦ يولية سنة ١٩١٨ المجموعة الرشمية ٢٠ رقم ٣٥ — ٥ يوليه سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢١ — ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٥ — انظر أيضاً في الفقه الفرنسي: أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥٣—ص ١٥٤ ورده على ديرانتون (وهو يقول برأى عكسي: ديرانتون ١٣ فقرة ٦٠٠) في فقرة ٧٥٣ هامش رقم ٤٥.

وقد كنا، في عهد التقنين المدني السابق، من المعترضين على هذا الرأي، وكتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي: «على أنه من السهل أن يؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين حق المدعي=

المقضى لاختلاف السبب والمحل ، ولا أن ترد باتفاق موهوم قيل باستخلاصه من توجيه اليمين على أساس أن توجيه اليمين صلح وهو ليس يصلح كما قدمنا ، أو على أساس أنه اتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية والإعفاء الاتفاقى من المسئولية التقصيرية باطل كما هو معروف .

وقد جاء التقنين المدنى الجديد يسير فى اتجاه آخر ، ويصلح من تطرف هذا الرأى . فهو إذا كان يقضى بأنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه [1] ، فانه من جهة أخرى ينص صراحة على جواز أن يحصل الخصم الذى وجه اليمين على تعويض إذا ثبت على من حلف اليمين بحكم جنائى أنه حلف كذباً . فيجوز إذن للخصم الذى وجه اليمين أن يبلغ النيابة العامة أن خصمه حلف اليمين كذباً ، كما كان يستطيع ذلك فى الماضى . ويجوز له فوق ذلك — وهذا مالم يكن يستطيعه فى الماضى — إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يرفع دعوى مدنية مبتدأة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد صدور الحكم الجنائى . ولكن يبدو من ظاهر النص أنه لا يستطيع ، قبل ثبوت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يدعى مدنياً فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة ، ولا يستطيع كذلك من باب أولى أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة . وعليه

= الأصلى الذى تنازل عنه فلا يجوز أن يعود إلى المطالبة به ، وبين حق المدعى فى التعويض عن جريمة ارتكبها خصمه بحلفه كذباً ، وهذا حق له مصدر مستقل عن مصدر الحق الأصلى ولم يتنازل عنه المدعى حتى يمنع من المطالبة به » (الموجز فقرة ٦٦٥ ص ٦٩٣) . وقال أيضاً فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى (ص ٤٢١) : « وعلى ذلك يجوز الطعن على الحالف بأنه حلف كذباً ، فاذا ثبت عليه كذبه ، عوقب ، ولزمه الحق الذى حلف على إنكاره على سبيل التعويض » . وقضى بهذا الرأى حكم صدر من محكمة أسيوط الكلية يقرر أنه يجوز لمن وجه اليمين الحاسمة لخصمه أن يثبت كذبها بدخوله مدعياً بحق مدنى فى دعوى اليمين الكاذبة التى تقيمها النيابة العامة على من أداها (٢٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٨ ص ٨٧) .

(١) « وهذا الحكم — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا نتيجة لازمة لضرورة الترخيص بتوجيه اليمين من القاضى . وليس الإثبات باليمين من طرق الإثبات العادية ، بل هو طريق اضطرارى تملى العدالة وجوب الركون إليه ، ويخول من يعوزه الدليل المقرر وسيلة لإثبات ادعائه . والواقع أن اليمين تنصب على ادعاء الخصم ، وهو إنكار ادعاء من يوجه اليمين ، وذلك بسبب صيغتها الشخصية . ولإثبات كذب اليمين يتعين على من وجهها أن يقيم الدليل بالطرق المقررة على ادعائه ، والمفروض أنها لا تقبل إلا عند انتفاء كل دليل مقرر » ص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٥ — ص ٤٥٦) .

أن يتربص حتى يصدر حكم جنائي نهائي بكذب اليمين ، ثم يرفع بعد ذلك دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية (١) .

ولا يفتح له صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين باباً جديداً للطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد حلف هذه اليمين . ولكن إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من وجوه التماس إعادة النظر في هذا الحكم المدني ،كأن أثبت أن الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش كان من شأنه التأثير في الحكم المدني (م٤١٧ أولا مرافعات) ، أو كان سبباً في الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى كان الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد حال دون تقديمها (م ٤١٧ رابعاً مرافعات) ، فانه يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يلتمس إعادة النظر في الحكم المدني اذا كان ميعاد الالتماس لم ينقض ، بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدني اذا كان حكماً ابتدائياً ولم ينقض ميعاد الاستئناف . وهذا ما نصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من المادة ٤١٣ من التقنين المدني الجديد ، إذ وهي تجعل للخصم الذي وجه اليمين الحق في أن يطالب بالتعويض ، تجعل له هذا الحق « دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده (٢) » . وهذا الحق في الطعن على الحكم المدني لم يكن موجوداً في عهد التقنين المدني

---

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ علي زكي العرابي في الإجراءات الجنائية جزء أول فقرة ٢٤٣ (وإن كان يورد قضاء صدر في عهد التقنين المدني السابق) — وانظر محكمة الزقازيق ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٤ ص ٥٦ . على أن عبارة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي قد يفهم منها عكس هذا الرأي ، وأنها تؤيد جواز « المطالبة بالتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين » ، وكذلك « جواز ادعاء المضرور مدنياً في حالة اليمين الكاذبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٥٦ — وأنظر النص الفرنسي للمذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص٧٢٢). ويمكن القول ، لتوجيه هذا الرأي ، أن النص يجيز للخصم أن يطالب بالتعويض عند ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي : فعلى أية صورة تكون المطالبة بالتعويض — دعوى مدنية مستقلة أو ادعاء مدني في خلال دعوى جنائية أو دعوى جنحة مباشرة — تكون الدعوى مقبولة بشرط أن يثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، ولا يحكم بالتعويض فيه إلا عند تحقق هذا الثبوت .

(٢) والشق الثاني من المادة ٤١٣ من التقنين المدني — وهو القاضي بأنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالبه بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده — مأخوذ من المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٦— وأنظر أيضاً التقنين المدني البرتغالي م ٢٥٢٧ فقرة ٢) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا الشق الثاني ما يأتي : « أما الشق الثاني فهو نتيجة لطبيعة =

السابق ، وقد استحدثه التقنين المدنى الجديد هو والحق فى المطالبة بالتعويض بدعوى مبتدأة . لذلك لا تكون لهذه الأحكام المستحدثة أثر رجعى ، ولا تسرى إلا على يمين حاسمة صدر حكم بتوجيهها فى تاريخ غير سابق على ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ميعاد نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فان كان الحكم بتوجيه اليمين قد صدر قبل هذا التاريخ فالتقنين المدنى السابق هو الذى يسرى بأحكامه التى تقدم ذكرها .

المطلب الثانى

رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه

٢٩٢ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١٠

=اليمين ، لأنها ليست تعاقداً او صلحاً ، بل نظاماً من نظم العدالة . وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار اليمين الحاسمة صلحا ، وفرّعا على ذلك عدم جواز شل الآثار التى تترتب على توجيهها وأدائها من طرق الادعاء مدنياً والمطالبة بتعويض فى خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين ، أو من طريق الطعن فى الحكم بالطرق المقررة لهذا الغرض . ولما كانت اليمين ليست من التعاقد أو الصلح فى شىء فيجب عدم إقرار النتائج التى تقدمت الإشارة إليها . ولذلك نص فى الشق الثانى ... وهو مطابق للمادة ٣١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، على جواز إدعاء المضرور مدنياً فى حالة اليمين الكاذبة دون إخلال بما قد يكون من حق فى الطعن فى الحكم . ويراعى أن الضرر الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه اليمين ، كما ذهب إلى ذلك بعض البارزين من الفقهاء (بارتان على أوبرى ورو) ما دام أن من وجه اليمين قد استعمل حقاً أثبته له القانون . بيد أنه لا يجوز لمن وجه اليمين طبقاً للشق الأول أن يقيم نفسه مدعياً بالحق المدنى وأن يطالب بالتعويضات من حلف أو أن يستعمل طرق الطعن فى الحكم المدنى إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى حكم جنائى إلا فى حالة ما إذا ثبت كذب اليمين بكشف أوراق أو ضبط مستندات كانت فى حيازة المتهم وحده أى فى حيازة من أدى اليمين . أما فيما يتعلق بطرق الطعن فى الحكم ، فإثبات كذب اليمين التى ثبت بمقتضاها ادعاء من وجهها أوردها ميسور له ما دامت المواعيد المقررة لم تنقض ، فله أن يطعن بالاستئناف أو بطريق الالتماس عند الاقتضاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٦) . والظاهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أنه لا توجد إلا حالة واحدة يستطيع فيها من وجه اليمين أن يطالب بتعويض وأن يطعن فى الوقت ذاته فى الحكم المدنى ، وتلك الحالة هى حالة كشف أوراق أو ضبط مستندات كانت فى حيازة الخصم الذى أدى اليمين كذباً . ولكن هذا يتعارض مع إطلاق النص وعدم تقييده بهذه الحالة وحدها (انظر الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٥٨ ص ٢٠) — قارن فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٤٠ ص ٢٢٢ – ص ٢٢٤ . وانظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٨ .

من التقنين المدنى على مايأتى :

« ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه . على أنه لايجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لايشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين[1] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١١٦ فقرة أولى ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٧٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٩٩ فقرة ٢[3] .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٢[4] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٥٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد بتحوير لفظى طفيف . وفى لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لنص التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤٢٣ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب ، فلجنة الشيوخ تحت رقم ٤١٠ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٣ وص ٤٤٧ — ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع ، وفى هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب » . ولا فرق فى الحكم بين النصين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١١٦ فقرة أولى : يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت له اليمين . (والحكم واحد فى القانون السورى والتقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٧٥ : مطابقة للنص المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنيــة اللبنانى م ٢٣٣ : لا يجوز رد اليمين على الخصم إذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تختص بالفريقين ، بل هى شخصية محضة للفريق الذى طلبت منه اليمين . (والحكم واحد فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٩ فقرة ٢ : مطابقة للنص المصرى .

(٤) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٢ : لا يجوز رد اليمين إذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تتعلق بالخصمين معاً ، بل كانت لا تتعلق إلا بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1362 : Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

٢٩٣ — متى يجوز رد اليمين : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن اليمين يجوز ردها من الخصم متى وجهت إليه ، وذلك إذا لم يرد الحلف . فمن وجهت إليه اليمين يلتزم إذن التزاماً أصلياً بحلفها ، والتزاماً بدلياً بردها على خصمه . ويترتب على أن الالتزام بالرد هو التزام بدلى لا التزام تخييرى(١) أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم فأصبح ملتزماً بالحلف أصلا وبالرد بدلا ، ثم استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلى وهو الحلف ، بأن مات أو أفلس أو حجر عليه ، فلا يصار إلى الالتزام البدلى وهو رد اليمين ، بل يسقط الالتزامان معاً — الحلف والرد — وتعود الحالة بين من وجه اليمين وورثة من وجهت إليهم إلى ما كانت عليه قبل توجيه اليمين(٢) . ولو كان الالتزام بالرد التزاماً تخييرياً ، واستحال تنفيذ الالتزام الأصلى وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الالتزام التخييرى ، ولاعتبرت اليمين مردودة على الخصم الذى وجهها(٣) .

٢٩٤ — شروط رد اليمين : ويشترط فى رد اليمين مايشترط فى توجيهها ، إذ رد اليمين كتوجيهها تصرف قانونى بارادة منفردة . فيشترط فى الرد إذن كمال أهلية التصرف ، والخلو من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، والخلو من التواطؤ والصورية ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره فى الرد . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام فى توجيه اليمين . ويصبح الرد غير قابل

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٤) خطأ أن الالتزام تخييرى .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ .

(٣) الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٤٦٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢١٨ هامش رقم ٤ — استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ — ويقال أيضاً فى تكييف هذا الوضع أن الطالب فى عرضه اليمين لا يعتبر أنه تنازل فحسب عن جميع أوجه الإثبات الأخرى التى كان يمكنه أن يدلى بها ، بل تنازل أيضاً عن مدعاه إذا حلف خصمه . وتنازله هذا معلق على شرط . وعلى ذلك إذا مات المطلوب تحليفه قبل الحلف تخلف الشرط ، وعاد حق طالب اليمين إليه ، أى تنظر الدعوى بالحالة التى هى عليها . وما على طالب اليمين إلا أن يقدم أدلة الإثبات الأخرى التى يكون قد تنازل عنها عند توجيه اليمين (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣١ مكررة — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء ٢ ص ٨) .

للرجوع فيه بمجرد قبول الخصم الذى ردت عليه اليمين أن يحلف ، وذلك كما فى توجيه اليمين .

ويشترط أيضاً أن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التى وجهت ، فيجب إذن أن يكون فى واقعة قانونيـة محددة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب وحاسمة فى الدعوى . ويشترط ، فوق ذلك ، أن يكون الرد فى واقعة يشترك فيهـا الخصمان ، فلا يجوز فى واقعة يستقل بها شخص من وجهت إليـه اليمين . فاذا وهب رجل لابنه منزلا واشترط عليه أن يتزوج فى خلال سنة وإلا فسخت الهبة ، ثم رفع دعوى على ابنه بالفسخ ووجه إليه اليمين الحاسمة على أنه تزوج فى خلال السنة ، فليس للابن إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى ، أو ينكل فيخسر . ولا يجوز له أن يرد اليمين على أبيه ، ويطلب منه أن يحلف هو على أن الابن لم يتزوج فى خلال السنة ، وذلك لأن واقعة الزواج هذه واقعة لايشترك فيها الخصمان بل يستقل بها الابن وحده ، فلا يجوز رد اليمين فيها على الأب[١] . وقد قضت إحدى المحاكم بأنه إذا وجه الشفيع اليمين للمشترى فى خصوص مقدار ثمن المبيع ، فلا يجوز للمشترى أن يرد اليمين على الشفيع ، لأن هذا أجنبى عن الاتفاق الخاص بالثمن ، فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره[٢] .

---

(١) هذا إلا إذا حلف الأب على مجرد عدم العلم بأن ابنه تزوج . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه المسألة ما يأتى : « والواقع أن اليمين التى توجه من أحد الخصوم تنصب على ادعاء الخصم الآخر ، ويقضى المنطق بعدم جواز الاستحلاف على صحة واقعة إلا إذا كانت متعلقة بشخص الحالف . فإذا لم يكن الخصمان مشتركين فى الواقعة ، بل كانت يستقل بها من وجهت إليه اليمين فحسب ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرد هذه اليمين على خصمه . ذلك أن اليمين تكون غير جائزة القبول فى هذه الحالة ، لتعلقها بواقعة ليست خاصة بشخص من يطلب استحلافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥) .

(٢) محكمة جرجا فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ .

وفى الفقه الإسلامى خلاف فى جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعى ، وابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعى (طرق القضاء للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٢٦٣ — ص ٢٦٩) . وجاء فى البدائع ، فى الخلاف ما بين الحنفية والشافعية فى هذه المسألة ، ما يأتى : « فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضى يقضى عليه عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعى فيحلف فيأخذ حقه . احتج الشافعى رحمه الله بقول النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة =

٢٩٥ — أثر رد اليمين : ومتى ردت اليمين ،أصبحت موجهة إلى من كان قد وجهها أول مرة . فينقلب الموقف ، ويصبح هذا هو الملتزم بالحلف ، ثم لا يجوز له رد اليمين ثانية على من ردها عليه ، وإلا لدرنا فى حلقة مفرغة وأجزنا الرد إلى ما لانهاية . فان حلف كسب الدعوى ، وإن لم يحلف عد ناكلا وخسر دعواه . ويجرى فى كيفية الحلف وفيما يترتب من الأثر على الحلف والنكول ، فى حالة الرد ، مايجرى فى حالة توجيه اليمين .

على أن كل هذا مشروط بأن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التى وجهت أولا كما قدمنا . فاذا عدلت اليمين المردودة ،كان الرد توجيهاً ليمين جديدة يجوز ردها ثانية . مثل ذلك أن يوجه المدعى اليمين إلى المدعى عليه على أنه ليس فى ذمته الدين المدعى به ، فيرد المدعى عليه اليمين معدلا ، وبدلا من أن يطلب من المدعى أن يحلف هو على أن الدين فى ذمة المدعى عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق يقابله فى ذمة المدعى . فان رد المدعى عليه اليمين معدلة على هذا النحو ، يكون قد اعترف بأن الدين قد قام ابتداء فى ذمته ولـكنه انقضى بعد ذلك بالمقاصة . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ، ولادليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يميناً أخرى

= والسلام النكول ، فلو كان حجة المدعى لذكره . والمعقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذباً فى الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أنه نكل مع كونه صادقاً فى الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال ، لـكن يرد اليمين إلى المدعى ليحلف فيقضى له ، لأنه ترجح جنبه الصدق فى دعواه بيمينه ..... ولنا .... أنه ظهر صدق المدعى فى دعواه عند نكول المدعى عليه ، فيقضى له كما لو أقام البينة . ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق فى خبره إنكار المدعى عليه ، وقد عارضه النكول ... فزال المانع للتعارض ، فظهر صدقه فى دعواه . وقوله يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة ، قلنا هذا احتمال نادر ، لأن اليمين الصادقة مشروعة ، فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع ، ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً . ألا ترى أن البينة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة فى الجملة ، لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب ، لـكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب ، كذا هذا » . (البدائع ٦ ص ٢٣٠) . وظاهر من هـذا النص أن الرد فى الفقه الإسلامى لا يكون بناء على طلب من وجهت إليه اليمين ، بل إن هذا ليس أمامه إلا أن يحلف أو ينكل ، فإن نكل وجب على القاضى — عند غير الحنفية — أن يرد اليمين على المدعى .

جديدة إلى المدعى فى خصوص وقوعها . ويجوز عندئذ للمدعى أن يرد اليمين الجديدة على المدعى عليه ليحلف أن له حقاً تقع به المقاصة[1] .

المطلب الثالث

النكول عن اليمين الحاسمة

٢٩٦ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٤١٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه[2] ».

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١١٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٠ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٣ [3] .

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٣ — ص ٦٩٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٤ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١١٩ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨٠ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصرى ، وهى مطابقة فى الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٢ : من كلف حلف اليمين وتمنع عنها أو عن ردها على خصمه ، أو ردت عليه اليمين وتمنع عنها ، كان خاسراً فى طلبه أو فى دفعه . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٣ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦١ (١) .

٢٩٧ — ممن يقع النكول : ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى أن النكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء ، فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلا. واما أن يقع ممن ردت عليه اليمين ، وقد رأينا أنه لا يستطيع ردها ، فاذا لم يحلفها اعتبر ناكلا .

٢٩٨ — كيف يقع النكول : ويقع النكول بعدم الحلف حين يجب الحلف . فالنكول إذن موقف سلبي . وقد نظمه تقنين المرافعات فى المادتين ١٧٧ و١٧٨(٢) . فميز بين ما إذا كان الحكم بالتحليف قد صدر فى حضور الخصم المكلف بالحلف ، أو صدر وهو غائب .

فان صدر الحكم وهو حاضر — سواء أكان قد نازع فى جواز اليمين أو فى تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته أم لم ينازع فى ذلك — فان صيغة اليمين تكون مبينة فى منطوق الحكم ، ويجب على الخصم أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، فان سكت عن الحلف والرد اعتبر ناكلا . ويجوز مع ذلك أن تعين المحكمة فى حكمها يوماً معيناً للحلف ، ويعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم على شرط أن يكون ثابتاً بمحضر الجلسة أو الحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق بالحكم . ويراعى فى تحديد جلسة الحلف ميعاد التكليف

---

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦١ : من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يرضى بردها على خصمه ، ومن ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه أو دفعه .

Art. 1361 : Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

(٢) المادة ١٧٧ مرافعات : إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع ، أو تخلف بغير عذر ، اعتبر ناكلا كذلك .

المادة ١٧٨ مرافعات : إذا نازع من وجه إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت فى منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه فى المادة السابقة .

بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالحلف ميعاداً أقصر ويكون قبوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة (١) . وحضور الوكيل يغنى عن حضور المكلف باليمين ، إذا كان هذا الوكيل ممن يصح إعلان الأصيل فى مواجهته (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض – فى عهد تقنين المرافعات السابق – بأن المادة ١٧٠ مرافعات (١٧٧ جديد) تنص على أن « من يطلب التعجيل من الأخصام يعلن حكم اليمين لخصمه ، ويكلفه بالحضور لأدائه ، مع مراعاة الأصول والمواعيد المقررة للطلب أمام المحكمة » . وفى مجىء المادة بهذا ما يدل على أن أصل مراد الشارع بالمادة ١٦٩ التى قبلها (١٧٨ جديد) هو أن المحكمة إذ حكمت بتحليف اليمين فهى تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد التحليف عليه ، ثم تترك لمن يهمه من الأخصام أن يسعى فى تنفيذ هذا الحكم بإعلانه لخصمه وتحديد الجلسة لذلك . إما أن تحدد المحكمة من تلقاء نفسها ميعاداً لحلف اليمين أمامها ، أو أن تعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم بالجلسة التى تحددها الحلف ، فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ومن نظام الإجراءات التى يريد الشارع بحسب الأصل اتباعه فى مسألة اليمين وفى تنفيذ هذا الحكم . على أن ذلك ليس معناه أن المحكمة ممنوعة من أن تحدد من تلقاء نفسها جلسة لحلف اليمين ، أو أن تعتبر النطق بحكمها إعلاناً للخصوم ، وبحيث يمكنها عند عدم حضور من عليه اليمين فى الميعاد المحدد أن تعتبره ناكلا . كلا ، بل إن لها أن تحدد جلسة للحلف ، ولكن على شرط أن تكون بعيدة بعداً يسمح بإعلان حكمها للخصم فى محل إقامته الأصلى مع مراعاة مواعيد التكليف بالحضور ومواعيد المسافة ، وأن تتأكد المحكمة فى اليوم المحدد للحلف أن الإعلان قد حصل صحيحاً وروعيت فيه تلك المواعيد ، كما لها عند تحديد الجلسة أن تعتبر حكمها إعلانا للخصوم ، وذلك فى صورة ما إذا كان ثابتاً بمحضر الجلسة أو بالحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق به . وفى هذه الحالة تكون الجلسة التى تحددها وتعلنها إليه فى حكمها مستوفية لميعاد التكليف بالحضور ، ما لم يقبل المكلف الحلف فى ميعاد أقصر ، ويكون قوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة . وإذن فإذا كانت المحكمة قد حكمت بالتحليف ، وحددت لذلك جلسة لميعاد أقصر من الميعاد القانونى المعتاد ، ثم هى من جهة أخرى اعتبرت النطق بالحكم اعلانا للخصوم ، ولم يثبت بمحضر الجلسة ولا بالحكم أن المكلف باليمين كان حاضراً ولا أنه قبل تقصير الميعاد ، فقضاؤها بعد فى موضوع الدعوى على اعتبار أن الطاعن ممتنع عن اليمين وناكل عنه لمجرد عدم حضوره فى اليوم التالى هو قضاء مؤسس على إجراء مخالف للقانون ، ويتعين نقضه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢) .

انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٤٧ — ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦١ (انتداب قاض التحليف اليمين لا يكون إلا عند وجود عذر دائم ، وللقاضى المنتدب سلطات المحكمة المنتدبة فى كل ما يتعلق بتحليف اليمين) – ١٣ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ (تحليف الوصية على واقعة شخصية) – ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ (إعلان صيغه اليمين) — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٢ (طلب تعديل صيغة اليمين لا يعتبر نكولا) .

(٢) الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ٢ فقرة ٥٦٥ .

وإن صدر الحكم بالتحليف فى غيبة المكلف بالحلف ، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التى أقرتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته . فان حضر وامتنع عن الحلف والرد دون أن ينازع ، اعتبر ناكلا . وإن تغيب ، تنظر المحكمة فى سبب غيابه ، فان اعتبرته عذراً شرعياً جازلها أن تحدد جلسة أخرى لحلف اليمين ، والا اعتبرت غيابه دون عذر شرعى نكولا [1] .

٢٩٩ — أثر النكول : والنكول يكون بمثابة إقرار ، كما قدمنا ، وتكييفه هو تكييف الإقرار . فاذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره ، لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد ، بل يحكم عليه عقب نكوله . فان كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين ، كسب من وجه اليمين دعواه . وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذى وجهها ونكل هذا ، خسر دعواه . فالدعوى التى يحلف عليها يكسبها المدعى بنكول خصمه ، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله [2] .

ويكون الحكم على من نكل مانعاً للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت صحة الواقعة التى نكل فيها عن الحلف [3] و [4] .

---

(١) فإذا صدر على الخصم حكم غيابى بالنكول ، جاز له أن يعارض فيه ، وأن يبدى فى المعارضة العذر الشرعى الذى منعه من الحضور . فان قبلت المحكمة العذر ، ألغت الحكم المعارض فيه ، وحلفت المعارض .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١ – وقد ينكل الخصم فى بعض الوقائع المطلوب تحليفه عليها ويحلف على بعض ، فما نكل عنه يكون قد اعترف به ، وما حلف عليه ينحسم النزاع فيه (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٧٢) — ويعتبر نكولا تأخير الخصم المكلف بالحلف أداء اليمين من يوم إلى يوم بتأجيلات متعاقبة حتى تشطب الدعوى ، ثم يأتى بعد ثمانى سنوات يعرض أن يؤدى اليمين (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٠) . والخصم الذى امتنع فى محكمة أول درجة عن حلف اليمين الحاسمة للنزاع ، مع عدم المعارضة فى تعلق الواقعة المقصود الاستحلاف عليها بأصل الدعوى ، ولا فى جواز قبولها ، ولم يردها على خصمه ، لا يقبل منه فى محكمة الاستئناف العدول عن ذلك الامتناع (قنا استئنافى ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٩٢) . =

المطلب الرابع

حجية اليمين الحاسمة

٣٠٠ – حجية اليمين الحاسمة من حيث الحلف : اليمين الحاسمة ، كالإقرار ، حجيتها قاصرة ، كما قدمنا ، سواء فى ذلك عند الحلف أو عند النكول.

أما من حيث الحلف ، فمن وجه اليمين واحتكم بذلك الى ذمة خصمه ، كان أثر هذا الاحتكام قاصراً عليه هو وورثته بصفتهم خلفاً عاماً له .

= هذا وقد ينكل الخصم عن الحلف ، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول . مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما اقترض منه المبلغ المدعى به ، فينكل من وجهت إليه اليمين ، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقضى بالتجديد . فهنا يعتبر النكول إقراراً بواقعة القرض ، ولكنه إقرار مركب ، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاصقة هى واقعة التجديد . ويكون حكم النكول فى هذه الحالة هو حكم الإقرار المركب ، وهو هنا إقرار غير قابل للتجزئة كما رأينا فيما قدمناه عن عدم تجزئة الإقرار . ويترتب على ذلك أن الخصم الذى وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه ويقوم باثبات القرض بطريق آخر غير اليمين ، فعلى خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد ، وإما أن يستبقى الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد (انظر فى هذه المسألة بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٦ ص ٤٢٤) .

(٤) اعتبر أبو حنيفة النكول بذلا – أى تركاً للمنازعة – وعند الصاحبين النكول إقرار . جاء فى تكلة فتح القدير : « لهما – أى لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله – أن النكول إقرار ، لأنه يدل على كونه كاذباً فى الإنكار ... إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ، ودفع تهمة الكذب عن نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه . فلولا هو كاذب فى يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، كذا فى العناية وغيرها . فكان – أى النكول – إقراراً أو بدلا عنه ، بفتح الدال ، أى خلفاً عن الإقرار ، يعنى أنه قائم مقام الإقرار ... ولأبى حنيفة أنه – أى النكول – بذل . وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها ، لا الهبة والتمليك ... وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه إقراراً ... لو حملناه على الإقرار لكذبناه فى إنكاره السابق ، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب ... وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبذل لا يجب به الحكم عليه ، فلم يكن النكول بذلا . وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح ، وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به ، بل هو موجب له قطعاً للمنازعة » . (تكلة فتح القدير ٦ ص ١٦٣ — ص ١٦٥) .

ولا يتعدى هـذا الأثر الى غير الخصم وورثته . فلا يتعدى الى الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن . فلو وجه أحد الشركاء فى الشيوع اليمين الى مدعى استحقاق الملك الشائع ، وحلف هذا ، كانت اليمين حجة على الشريك الذى وجه اليمين دون غيره من الشركاء . ولو وجه أحد الورثة اليمين الى دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة على الوارث الذى وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين الى الدائن وحلف ، كانت اليمين حجة على المدين الذى وجه اليمين دون غيره من المدينين (م ٢٩٥ فقرة ٢ مدنى) .

وإذا ادعى شخص ديناً على آخر ، فوجه المدعى عليه اليمين الى المدعى فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها ، ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا فى اليمين بالتواطؤ . وإذا تنازع شخصان على عقار ، وباع أحدهما هذا العقار ، ثم وجه اليمين للمتنازع معه فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشترى منه . أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع ، كانت اليمين حجة على المشترى [1] .

٣٠١ — حجية اليمين الحاسمة من حيث النكول : وأما من حيث النكول فحجية اليمين قاصرة قصورها من حيث الحلف . فمن نكل من الشركاء فى الشيوع ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الشركاء . ومن نكل من الورثة ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة . ومن نكل من المدينين المتضامنين ، كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين (م ٢٩٥ فقرة ٢ مدنى) .

٣٠٢ — تعارض قصور حجية اليمين مع قواعد أخرى : ولكن قد تتعارض القاعدة التى تقضى بقصور حجية اليمين مع قواعد أخرى ، فتتعدى

---

(١) الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٤٤ — ص ٤٥ — ويستطيع الخصم أن يوجه اليمين إلى خصمه حتى لو انتقل الحق المدعى به من هذا الأخير إلى خلف له ، وبذلك يتيسر توجيه اليمين فى واقعة شخصية لمن توجه إليه ، وإذا نكل هذا ، وكان نكوله بعد انتقال الحق إلى الخلف ، لم يسر النكول فى حق الخلف (أنسيكلو بيدى دالloz فى القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١١٢٥) .

عند ذلك حجية اليمين . من ذلك أثر القاعدة التي تقضي بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقين . وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ مدني بأنه « إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » . فهنا تعدت حجية اليمين إلى سائر المدينين المتضامنين [1] . ومن ذلك القاعدة التي تقضي بارتباط التزام الكفيل بالتزام الأصيل . فاليمين التي توجه الى المدين الأصلي فيحلفها تبرىء ذمة الكفيل ، وكذلك اليمين التي توجه إلى الكفيل في أصل الدين لا في الكفالة فيحلفها تبرىء ذمة الأصيل [2] .

(١) أما القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين (م ٢٨٢ فقرة ٢ مدني) فتتمشى مع قصور حجية اليمين ولا تعطلها فيما إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلفها ، فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالنسبة إلى الدائن الذي وجه اليمين دون غيره من الدائنين . وبذلك تكون حجية اليمين قاصرة على هذا الدائن وحده .

(٢) وقد نصت المادة ١٣٦٥ من التقنين المدني الفرنسي ، تطبيقاً لهذه القواعد ، على ما يأتي : « اليمين لا تكون إلا حجة لمن وجهها أو حجة عليه ، هو وورثته وخلفائه . ومع ذلك إذا وجه احد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين ، لم تبرىء اليمين ذمة المدين إلا بمقدار حصة هذا الدائن . واليمين الموجهة إلى المدين الأصلي تبرىء ذمة الكفيل . واليمين الموجهة إلى أحد المدينين المتضامنين تفيد الباقين . واليمين الموجهة إلى الكفيل تفيد المدين الأصلي . وفي الحالتين الأخيرتين لا تفيد اليمين الموجهة إلى المدين المتضامن أو إلى الكفيل سائر المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي إلا إذا انصبت على أصل الدين لا على واقعة التضامن أو الكفالة » (قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٨١٨ فيما يتعلق باليمين الموجهة إلى الكفيل) . ونصت المادة ٢٣٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على « أن حلف اليمين لا يصلح حجة إلا تجاه طالب التحليف وورثته وخلفائه في الحقوق إما لهم وإما عليهم » .

وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٦٥ :

Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux. Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions. Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

الفرع الثانى

اليمين المتممة

٣٠٣ – ماهى اليمين المتممة : اليمين المتممة هى يمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه لأى من الخصمين ، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه ، ليتمم الدليل باليمين . وقد جعل القانون للقاضى هنا – على خلاف العادة – دوراً إيجابياً فى الإثبات (١) . فأباح له ، إذا لم يقدم أى من الخصمين دليلا كافياً على ما يدعيه ، أن يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله ، فيوجه إليه يميناً يتمم بها أدلته غير الكافية . ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة (serment supplétif, supplétoire) .

ونذكر منذ البداية أن اليمين المتممة تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين

(١) ويذهب الفقيهان أوبرى ورو إلى أنه كان الأولى بواضعى التقنين المدنى الفرنسى عدم الاحتفاظ باليمين المتممة ، ويقولان فى هذا الصدد ما يأتى : « قد يكون من الخطأ أن واضعى التقنين المدنى استبقوا اليمين المتممة . فإن فيها عيباً خطيراً ، إذ هى تجعل للقاضى سلطة فى أن ينقل من تلقاء نفسه ، وبإرادته وحده ، البت فى الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير (conscience) » . (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد الدفاع عن استبقاء اليمين المتممة ، ما يأتى : «نص التقنين الفرنسى (م ١٣٦٦) على اليمين المتممة ، وتبعه فى ذلك التقنين الإيطالى (م ١٣٧٤) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٧) والتقنين المصرى (م ٢٢٣/٢٨٨) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٣٣) . ثم أبقى واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣١٩) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد – وقد أشار بعض الفقهاء بوجوب حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت ، فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهى إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجاً من الحنث فيها . ثم إن القاضى لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الإطمئنان من نفسه ، لأن من يخفق فى إثبات دعواه يبوء بالخسارة ، ولا يستشعر القاضى حرجاً فى القضاء لخصمه عليه ، لأنه ينزل فى ذلك على حكم القانون – بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقاً للإثبات وطبيعة هذه اليمين والغاية منها . لأن اليمين طريق اضطرارية ، فمن المعقول أن يمكن القاضى من الالتجاء إليها فى ظل الضمانات التى يقررها القانون ، أى حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجرداً من كل دليل وحيث يكون هذا الدليل غير كاف فى ذاته . ويراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة ، فهى والحال هذه عامل يعين على سير العدالة ، فضلا عن=

الحاسمة ، فى أن اليمين الأولى يوجهها القاضى لا الخصم ، ولا يوجهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، ولا يتحتم عليه أن يأخذ بما تؤدى إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حلف ويجيب طلب من نكل . ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة ، فاليمين المتممة إنما توجه لاستكمال أدلة ناقصة ، أما اليمين الحاسمة فتقوم وحدها دليلا يستبعد أى دليل آخر[1] . وسنعود إلى هذه الفروق بعد أن نفصل أحكام اليمين المتممة .

٣٠٤ — تكييف اليمين المتممة : وهناك فرق جوهرى آخر بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . فقد رأينا فيما قدمناه أن توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانونى بارادة منفردة . أما توجيه اليمين المتممة من القاضى فهو ليس الا واقعة مادية ، يلجأ إليها القاضى لاستكمال الأدلة . فتتمحض اليمين المتممة اذن طريقاً من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلى ، ولاتنطوى على أى تصرف قانونى .

ونتكلم فى اليمين المتممة ، كما فعلنا فى اليمين الحاسمة ، فى توجيه اليمين وفى الآثار التى تترتب على توجيهها . ونعقب ذلك بالكلام فى صور خاصة لليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم .

= أن القانون يترك للقاضى حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم. وغنى عن البيان أن هذا التقدير ينبغى أن يناط بوجه خاص بما يتوافر فى الخصم من بواعث الثقة ، ولهذا لم ير وجه للتنويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأى ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة ٢٥٣٣ فقرة ٣ من التقنين البرتغالى . ويلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوىء نظام تقييد الدليل ونظام حيدة القاضى أزاء دعاوى الخصوم ، فيجب والحال هذه أن تؤدى وظيفتها كاملة . هذا ويلاحظ من الناحية العملية أن القاضى لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا فى كثير من الحيطة والاعتدال ، بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديراً يعتد فيه بشخصية الخصم . إزاء كل أولئك رؤى الإبقاء على اليمين المتممة فى نصوص المشروع » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ — ص ٤٦١) .

ولعل خير دفاع عن اليمين المتممة هى أنها وسيلة للتخفف من حدة التنظيم القانونى للإثبات ، فهى توسع أمام القاضى بمرونتها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٩٣١ .

§ ١ — توجيه اليمين المتممة

٣٠٥ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — للقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به » .

« ٢ — ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٣/٢٨٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٢١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٢ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادتين ٢٣٧ و٢٣٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٤(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٨ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤١٥ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ و ص ٤٦٢ — ص ٤٦٣) .

(٢) وكانت المادة ٢٢٣/٢٨٨ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا تبين أن الأوراق المقدمة للاثبات غير كافية له ، فللقاضى أن يكلف الدائن باليمين لتأييد دينه ، أو يكلف المدين بها لإثبات براءة ذمته من الدين » . ونص التقنين المدنى الجديد أدق من حيث إنه لا يشترط ، لتوجيه اليمين المتممة ، وجود أوراق للاثبات غير كافية . فقد تكون الدعوى تجارية أو لا تزيد على نصاب البينة ، فيكفى فى هذه الحالة أن يقدم الخصم بينة أو قرائن — لا أوراقاً — تستكمل بعد ذلك باليمين المتممة . ومهما يكن من أمر ، فالحكم واحد فى التقنينين الجديد والقديم ، رغماً عن الخلاف فى النص .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢١ : مطابقة تقريباً لنص التقنين المصرى ومتفقة معه فى الحكم .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٧ : يحق للقاضى أن يكلف أحد الفريقين حلف اليمين ، اما لجعل الحكم موقوفاً عليها ، واما لتعيين المبلغ الذى سيحكم به — م ٢٣٨ : لا يجوز للقاضى أن يطلب من تلقاء نفسه تحليف اليمين على الطلب ولا على الدفع الذى يقابله إلا إذا توافر =

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادتين ١٣٦٦ و١٣٦٧[١] .

ونبحث هنا أيضاً ، كما بحثنا فى اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية : (١) من يوجه اليمين المتممة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) جواز الرجوع فيها .

٣٠٦ — من يوجه اليمين المتممة : يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، لا الخصم . ولايتقيد القاضى فى ذلك بطلب الخصوم ، فلو طلبها خصم فللقاضى أن يقدر هذا الطلب ، فيوجهها أو لايوجهها . وله أن يوجهها ، كما قدمنا ، حتى لو لم يطلب الخصم توجيهها [٢] .

٣٠٧ — لمن توجه اليمين المتممة : وتوجه لأى من الخصمين بحسب تقدير القاضى . فان رأى القاضى أن أحد الخصمين — المدعى أو المدعى عليه — قدم أدلة على ادعائه فى الدعوى أو فى الدفع[٣] أرجح من أدلة الخصم الآخر وإن كانت فى ذاتها غير كافية ، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل

= الشرطان الآتيان : (أولا) يجب ألا يكون الطلب أو الدفع ثابتين كل الثبوت . (ثانياً) يجب ألا يكونا مجردين تماماً عن الإثبات . وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضى أن يكتفى بقبول الطلب أو برده . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٦ : يجوز للقاضى أن يوجه اليمين لأى من الخصمين ، إما ليجعل الحكم فى القضية موقوفاً عليها ، وإما ليمين المبلغ الذى يحكم به — م ١٣٦٧ : لا يجوز للقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه ، سواء فى الدعوى أو فى الدفع المقابل لها ، إلا بالشرطين الآتيين : (أولا) يجب ألا يكون هناك دليل كامل على الدعوى أو الدفع . (ثانياً) يجب ألا يكونا خاليين من أى دليل — وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضى أن يكتفى بقبول الدعوى أو برفضها .

Art. 1366. Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. Art. 1367. Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut, 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

(٢) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣ .

الراجح أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه ، وجه إليه هو ، دون الخصم الآخر ، اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها . وإن رأى الخصمين متكافئين فى كل ماتقدم ، فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب ، لأن الأصل براءة الذمة [1] . على أن القاضى فى كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه وبمقدار ما يطمئن إلى أى من الخصمين ، دون أن يتقيد بقاعدة معينة ، فمن من الخصمين رآه أجدر بالثقة حلفه اليمين[2] .

ولا تشترط أهلية خاصة فى الخصم الذى توجه إليه اليمين . بل تكفى فيه أهلية التقاضى ، لأن اليمين المتممة ليست تصرفاً قانونياً ، بل هى وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات كما قدمنا . وسنرى أنه لا يصح التوكيل فى حلف اليمين المتممة .

ولا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى غير خصم أصلى فى الدعوى . فلا توجه إلى الدائن الذى يرفع الدعوى باسم مدينه ، بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله فى الدعوى[3] .

٣٠٨ — متى توجه اليمين المتممة : توجه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائى حائز لقوة الشىء المقضى . ويجوز توجيهها بعد إقفال باب المرافعة ، فيعيد القاضى القضية إلى المرافعة إذا رأى محلا لذلك . كما يجوز توجيهها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى على الوجه المتقدم الذكر .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضى بالخيار فى توجيه اليمين المتممة لأحد الخصمين الذى يرى كفته أرجح فى الأدلة ، وإذا تساوت الأدلة ، على الأقل فى نظره ، فلا مانع من أن يوجهها للمدعى عليه ، لأن الأصل فيه عدم تعهده (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦ — انظر مع ذلك أوبرى ورو ١٢ ص ٣٩٠ — وانظر فى هذا المعنى : ديمولومب ٣٠ فقرة ٧٠٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٢ . ولا يجوز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة لكلا الخصمين ، على أن ينظر فيما بعد لمن يحكم له منهما ، حلفا أو نكلا أو حلف أحدهما ونكل الآخر : أنسيكلوبيدى داللوز فى القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٢٤) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣ ص ١٠٥٧ — ص ١٠٥٨ — الموجز للمؤلف ص ٦٩٥ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ٨ .

ولكنها لا توجه إلى خصم إلا لاستكمال أدلته . فيجب إذن — كما يقول النص — ألا يكون فى الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل . أى يجب أن يكون فى الدعوى مبدأ ثبوت (commencement de preuve) بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال[١] . ذلك أنه إذا كان فى الدعوى دليل كامل ، لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة ، وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل[٢] . وإذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، لم يصح توجيه اليمين المتممة لأى من الخصمين ، لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة ، فلا تحل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة ، وإنما يقضى فى هذه الحالة على الخصم الذى خلت دعواه من أى دليل .

والدليل الناقص الذى تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لابد من الكتابة فى إثباته . فاذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن ، فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضى فيستكملها باليمين المتممة ، ويكون ذلك فى ادعاء لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات وكذلك فى جميع المواد التجارية[٣] . أما إذا كان

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل ، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها ، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه ، فليس فى ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته فى حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند فى دعواه إلى دليل له قيمته (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٣ ص ٦٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اليمين المتممة لا يجوز توجيهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل (٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة إذا كان هناك دليل كامل أو لم يكن هناك أى دليل (٢٢ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣) .

(٢) على أنه إذا وجه القاضى إليه اليمين المتممة بالرغم من تقديمه دليلا كاملا ، فحلفها ، لم يكن هذا موجباً لبطلان الحكم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣١) — وإن نكل عنها ، فالقاضى يقضى بالرغم من ذلك لمصلحته إذ قدم دليلا كاملا على صحة ادعائه . فان قضى ضده بسبب النكول ، كان هذا خطأ فى القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(٣) وقد رأينا أن نص التقنين المدنى السابق (م ٢٢٣/٢٨٨) معيب من هذه الناحية ، =

الإثبات بالكتابة واجباً ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا مجرد بينة أو قرائن ، إلا فى الحالات التى تجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانونى ، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبى بعد الحصول عليها (١و٢) .

= فهو يشترط لتوجيه اليمين المتممة أن تكون فى الدعوى أوراق مكتوبة. ولم يأخذ القضاء بظاهر النص ، بل مال إلى عدم اشتراط أن يكون مبدأ الثبوت حاصلا بالكتابة فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن . فقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يشترط أن يكون مبدأ الثبوت حاصلا بالكتابة (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٥ ص ١٦٢) . وذكرت فى حكم آخر بأن القضاء اختلف فى توجيه اليمين المتممة فى الأحوال التى تثبت بشهادة الشهود اعتماداً على أن المادة ٢٢٣ مدنى تنص على أنه إذا تبين أن الأوراق المقدمة للاثبات غير كافية ... والراجح أنه يجوز توجيهها حتى فى الحالات التى تثبت بشهادة الشهود بصفة عامة وفى المسائل التجارية وهى منها . . . والقاضى بالخيار يوجهها فى طلب أصلى فى الدعوى أو دفع متفرع عنهما لأحد الخصمين الذى يرى كفته أرجح فى الأدلة ، وإذا تساوت على الأقل فى نظره فلا مانع من أن يوجهها للمدعى عليه لأن الأصل فيه عدم تعهده — وعلى كل فالقاضى له أن يعدل بعد توجيهها إذا وجد ما يغنيه عن ذلك ، بل له ألا يأخذ بها بعد تأديتها ، وإذا رفضها من وجهت له فليس من المحتم أن يحكم عليه (٢٤ نوفبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦) .

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ — ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ — ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ — ١٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٧٠ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص٤٦٣ — ١٧ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ .

وانظر : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ ص ١٠٥٦ — ص ١٠٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٩٣ ص ٧٢٣ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد عرضت هذه الفقرة لشروط جواز قبول اليمين المتممة وحجيتها . فهى تختلف عن اليمين الحاسمة فى أنها لا تكون جائزة القبول إلا حيث لا يكون الدليل كاملا وحيث لا تكون الدعوى خالية من كل دليل . فإعمال هذه اليمين يفترض أن الادعاء قريب الاحتمال ، فينبغى أن يكون ثمة مبدأ ثبوت ، لا يكفى بمجرده لتكوين دليل كامل ، وإن انطوى فيه معنى تعزيز هذا الاحتمال . فإذا توافر فى الدعوى دليل كامل انتفت جدوى اليمين المتممة وامتنع قبولها ، لأن القاضى يلزم بالتقيد بهذا الدليل والقضاء للمدعى على أساسه . وينبغى كذلك ألا تكون الدعوى خالية من كل دليل ، لأنها تكون فى هذه الحالة غير قريبة الاحتمال لأن توافر مبدأ الثبوت القانونى هو الذى أسبغ عليها هذا الوصف — ويعتبر مبدأ ثبوت فى رأى الفقه والقضاء : (أ) الإقرار الجزئى . (ب) والبينة والقرائن إذا كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، لأن هذه أو تلك قد تعتبر غير كافية فى ذاتها =

٣٠٩ — موضوع اليمين المتممة : ولما كانت اليمين المتممة هى لتكملة دليل ناقص ، فالواقعة التى يحلف عليها الخصم هى تلك التى تكمل دليله ليثبت ادعاؤه ، دعوى كان أو دفعاً . فهى إذن لابد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب ، ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص فى تقدير القاضى(١) .

ويغلب أن تكون الواقعة التى يحلف عليها الخصم اليمين المتممة هى واقعة الادعاء بأجمعها ، كأن يحلف الدائن أن له فى ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ، فيستكمل بهذه اليمين مبدأ ثبوت بالكتابة قدمه لإثبات عقد القرض . ولكن لا شىء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها ، إذا ثبتت ، أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة(٢) . مثل ذلك أن يحلف المدين يميناً متممة على أنه أقرض الدائن ، بعد حلول الدين المدعى به ، مبلغاً من المال ، ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمته من الدين المدعى به .

كذلك يغلب أن تكون الواقعة التى يحلف عليهـا الخصم اليمين المتممة واقعة

= (ح) ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات أو كان الإثبات بالبينة عسيراً أو مستحيلا (د) ودفاتر التجار بشأن ما يوردون متى كانت منتظمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢) .

(١) انظر فى اليمين المتممة لتكملة دليل ناقص : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ — ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٤ — ١٣ أبريل سـنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ — ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٥ — مصر الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٧ ص ٧٤٤ . هذا وقد رأينا عند الكلام فى دفاتر التجار أن البيانات المثبتة فيها لما ورده التجار لغير التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة (م ٣٩٧ فقرة أولى مدنى) .

ويقرر الأستاذ عبد السلام ذهنى أن اليمين المتممة لا يمكن توجيهها إلى المتهم فى الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجنائية ، شأنها فى ذلك شأن اليمين الحاسمة (الأدلة ٢ ص ٥٣ — ص ٦٠ — انظر أيضاً فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٧) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩١ وهامش رقم ١٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٣ — بلانيول وريپير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٤ ص ١٠٥٨ .

شخصية . فان لم تكن شخصية كان الحلف على عدم العلم[1] . ذلك أن اليمين المتممة ، كاليمين الحاسمة ، قد تكون يميناً على عدم العلم . مثل ذلك أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعى بها من المدعى . وليست يمين عدم العلم هذه يمين استيثاق ضرورة ، شأنها فى ذلك شأن يمين عدم العلم الحاسمة ، ولكن يمين الاستيثاق هى التى قد تكون فى بعض صورها يميناً بعدم العلم . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى يمين الاستيثاق .

٣١٠ — جواز الرجوع فى اليمين المتممة : واليمين المتممة يجوز الرجوع فيها دائماً . وقد رأينا أن القاضي هو الذى يوجهها . فاذا وجهها إلى أحد الخصمين ، ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع ، بأن كشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين المتممة ، جاز له الرجوع . بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر فى تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة ، أو لا يرى فيها دليلا بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة ، فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها .

وسنرى فيما يلى أنه حتى بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة لا يكون القاضي مقيداً أن يحكم بموجبها ، فقد يرى بعد النظر أن يحكم ضد الخصم بعد أن حلف اليمين ، أو يحكم لمصلحته بعد أن نكل .

§ ٢ — الآثار التى تترتب على توجيه اليمين المتممة

٣١١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٥ — اوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٠ — ص ٣٩١ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٣ — قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٥ .

« لايجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر [١] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٢٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٥ [٢] .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٨ [٣] .

٣١٢ — لا خيار لمن وجهت اليه اليمين المتممة فاما الحلف أو النكول :

ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى ألا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة ، فهو إما أن يحلف أو ينكل ، ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر . ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضى لا من الخصم الآخر ، ولأنها وسيلة تكميلية لاقتناع القاضى وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه [٤] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٩ فى المشروع النهائى ، فجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٦ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ — ص ٣٦٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢٤ : مطابقة للتقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨٥ : مطابقة للتقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٩ : أن اليمين التى يطلبها القاضى مباشرة من أحد الفريقين لا يمكن ردها على الخصم . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٥ : مطابقة للتقنين المصرى .

(٣) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٨ : اليمين التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر .

Art. 1368 : Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اقتنى =

فالخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة لا منـاص له إذن من أحد موقفين : الحلف أو النكول(١) . ونرى الآن ماذا يترتب من الأثر على كل من هذين الموقفين .

٣١٣ – حلف الخصم لليمين المتممة : يحلف الخصم اليمين المتممة بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل أحداً غيره فى الحلف ، شأن اليمين المتممة فى هذا شأن اليمين الحاسمة . ذلك أن المقصود من الحلف ، فى الحالتين ، هو تأكيد الخصم لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالأيمان . وهو بعد لو ثبت حنثه فى يمينه ، كان معرضاً للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٣٠١ من قانون العقوبات وقد تقـدم ذكرها . ونص هذه المادة غير مقصور على اليمين الحاسمة ، بل يشمل كل يمين يلزم بها الخصم فى المواد المدنية فيحلفها كذباً . ومن ثم يتنـاول النص ، فوق اليمين الحاسمة ، اليمين المتممة ويمين الاستيثاق وغيرها من الأيمان التى يلزم بها الخصم فى المواد المدنية .

وكل ما ذكرناه فى كيفية حلف اليمين الحـاسمة يسرى بالنسبة إلى حلف اليمين المتممة .

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى لصالحه ، إذ يكون بهذا

= المشروع أثر التقنين الفرنسى (م ١٣٦٨) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٦) والتقنين الهولندى (م ١٩٨٠) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٣٤) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٢١) فى استظهار هذا الفرق الجوهرى بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . ويراعى أن التفريق بين اليمينين من هذا الوجه حتم تقتضيه طبيعة اليمين المتممة ، لأن إعمالهـا من شأن القاضى فهو الذى يرجع إليه أمر توجيهها ، وهو الذى يعين من توجه إليه من الخصمين » (مجموعة الأعمـال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤) .

(١) وإذا مات من وجه إليه القاضى اليمين المتممة قبل أن يحلفها ، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن . وللقاضى أن يفصل فى النزاع دون يمين متممة ، أو أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، أو أن يوجه يميناً متممة بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذى مات (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣) .

وقد رأينا أنه إذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها ، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليس بالتزام تخييرى بل هو التزام بدلى ، ومن ثم يرجع الأمر إلى ما كان عليه قبل توجيه اليمين . فيتفق الحكم إذن فى أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر ، فى كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، ولكن لسببين مختلفين : فى اليمين الحاسمة الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاماً بدلياً ، وفى اليمين المتممة الالتزام برد اليمين لا وجود له أصلا .

الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة ، وأقنع القاضي بصحة ادعائه . ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين ، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني ، وهذا دون إخلال بالطعن في الحكم الذي صدر تأسيساً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس النظر . وقد رأينا أن هذا كله جائز في اليمين الحاسمة ، فهو جائز من باب أولى في اليمين المتممة . بل ويجوز ، في اليمين المتممة ، أن يدعي الخصم طالب التعويض مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة ، كما يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة [1] .

على أنه ليس حتما على القاضي ، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، أن يقضي لصالحه . فقد يقع ، كما قدمنا ، أن القاضي ، بعد حلف اليمين وقبل النطق بالحكم ، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس ، فيحكم ضده . بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر كما أسلفنا في القضية ، بعد الحلف وقبل الحكم ، فيقتنع بغير ما كان مقتنعاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضي ضد من حلف [2] .

---

(١) انظر في هذا المعنى حتى في عهد التقنين المدني السابق : (ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ — وانظر عكس ذلك وعدم قبول دعوى التعويض أمام محكمة الجنح أو أمام المحكمة المدنية ، أسوة باليمين الحاسمة ، وذلك في عهد التقنين المدني السابق : أسوان ١٤ يوليه سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٧) — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فاليمين المتممة طريق من طرق الإثبات ، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، ويجوز للمضرور في هذه الحالة أن يدعي مدنياً للمطالبة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية ، ويجوز له أيضاً أن يطعن في الحكم بالطرق المقررة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

أما في الفقه الفرنسي ، فقد ذهب الفقيهان أوبري ورو (١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٣) إلى أن التعويض ، ومن ثم الادعاء مدنياً في الدعوى الجنائية ورفع الجنحة المباشرة ، غير جائز في اليمين المتممة ، شأن هذه اليمين في ذلك شأن اليمين الحاسمة . ويوافقهما في هذا الرأي : لارومبيير ٥ م ١٣٦٧ — ١٣٦٨ فقرة ٢٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ — جارسون في القانون الجنائي م ٣٦٦ فقرة ١٧ . ويذهب إلى عكس هذا الرأي : ماركاديه م ١٣٦٨ فقرة ٣ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٩ . ولم يحسم القضاء الفرنسي هذا الخلاف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وتعتبر اليمين المتممة دليلا تكميلياً إضافياً كما هو ظاهر من اسمها . ويجوز أن يرتب عليها الفصل في النزاع ولكن قد لا يكون توجيهها ضرورياً لهذا الفصل . وتعتبر هذه اليمين إجراء من إجراءات =

بل إن القاضي ليقضي لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم ، فترى محكمة الاستئناف رأياً آخر ، إذ هي لا تتقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفهـا فى المحكمة الابتدائية . فقـد ترى ألا محل لتوجيه اليمين المتممة ، لأن الأدلة قد أصبحت كافية ، أو كانت كافية من قبل ، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين . وحتى إذا رأت أن توجيه اليمين المتممة كان مستساغاً ، فقـد ترى أن الخصم الذى كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر ، فتوجهها له لأول مرة فى الاستئناف ، وتغفل اليمين الأخرى التى كانت المحكمة الابتـدائية قد وجهتها . بل قد لا تعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذى وجهتها إليه المحكمة الابتدائية ، ولكنها لا تتقيد بموجبها ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية ، فلا تقضى لمصلحة من حلف اليمين (١) .

٣١٤ — نكول الخصم عن اليمين المتممة : أما إذا نكل الخصم الذى وجهت إليه اليمين المتممة ، فان الأدلة الناقصة التى كان قد قدمها لإثبات ادعائه

= التحقيق التى تيسر للقاضى تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة ويكون له ما لغيره من قوة الإلزام ، لأنها تفترض توافر عناصر إثبات لها مكانتها وإن كانت أدنى من مرتبة الدليل . وهى تختلف كذلك عن اليمين الحاسمة ، لأنها لا تنقل مصير النزاع إلى نطاق الذمة على وجه التخصيص والإفراد ، بل يظل النزاع محصوراً فى حدود أحكام القانون ، وإن جاوز هـذه الحدود إلى ذلك النطاق استكمالا للدليل . ولهذه العلة لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة ، بل يكون للقاضى مطلق الخيار فى الاعتداد بها أو التجاوز عنها . فله أن يقضى على أساس اليمين التى أديت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

قارن مع ذلك : استئناف مصر ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤١ .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣ — ومن باب أولى يجوز للخصم الآخر أن يثبت أمام محكمة الاستئناف كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه أمام المحكمة الابتدائية . ويذهب الفقيهان أوبرى ورو إلى أنه لا يجوز للخصم الآخر إثبات ذلك إذا كان قد وافق فى المحكمة الابتدائية على توجيه هذه اليمين المتممة إلى خصمه ، ويعتبر أنه قد وافق على توجيهها إذا حضر فى جلسة الحلف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣ — وانظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٤ ص ٤٣١) . هذا فى القانون الفرنسى ، أما فى القانون المصرى فيبدو أنه يجوز للخصم الآخر إثبات كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه ، حتى لو كان قد وافق على تحليفه ، فليس لليمين المتممة عندنا من الأثر الحاسم ما يمنع من ذلك .

تبقى ناقصة كما كانت، بل إن الريبة لتزداد فى صحة ادعائه بعد أن نكل. من أجل ذلك يغلب أن يقضى ضده (١) .

ولكن ليس من المحتم هنا أيضاً أن يقضى ضده . فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة، فيقضى لصالحه بالرغم من النكول . بل قد لا تظهر أدلة جديدة ، ولكن القاضى يعيد النظر فى الأدلة التى كان يحسبها ناقصة ، فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية ، فيقضى هنا أيضاً لصالحه .

وإذا حكم القاضى ضد الخصم الذى نكل — كما هو الغالب — فقد يستأنف الخصم هذا الحكم . وعند ذلك يكون لمحكمة الاستئناف من الحرية فى التقدير ما كان للمحكمة الابتدائية . فقد تقضى لصالحه بالرغم من نكوله . وقد توجه إليه اليمين المتممة مرة أخرى ، فيحلفها أو ينكل . وفى الحالتين لها حق التقدير على النحو الذى قدمناه . وقد ترى محكمة الاستئناف أن توجه اليمين المتممة إلى الخصم الآخر ، ثم تقضى له أو عليه ، حلف أو نكل ، وفقاً لما تراه .

ونرى من ذلك أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضى . فليست اليمين المتممة تحكيما كاليمين الحاسمة ، بل هى إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكميلى ذو قوة محدودة .

٣١٥ — الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة :

وقد آن أن نلخص الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة . ومردها جميعاً يرجع إلى أن اليمين الحاسمة تحكيم يتقيد به الخصوم والقاضى ، أما اليمين المتممة فوسيلة تكميلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد . ويترتب على هذا الأصل الفروق الجوهرية الآتية بين اليمينين :

(أولا) اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضى . أما اليمين المتممة فيوجهها القاضى وحده .

(ثانياً) لا يجوز للخصم الرجوع فى اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم

---

(١) ونرى أنه يجوز للقاضى ، بعد أن نكل الخصم الذى وجه إليه اليمين المتممة ، أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه .

الآخر . وللقاضى أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة فى أى وقت بعد توجيهها .

(ثالثاً) اليمين الحاسمة نتائجها محتمة : يكسب من يحلفها ، ويخسر من ينكل عنها . أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة ، ولايتقيد القاضى بموجبها حلفها الخصم أو نكل .

(رابعاً) اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر . أما اليمين المتممة فلا ترد(١) .

§ ٣ — صور خاصة من اليمين المتممة

(يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم)

٣١٦ — تقسيم اليمين المتممة : كل الذى قدمناه من الأحكام إنما هو عن اليمين المتممة الأصلية . ذلك أن لليمين المتممة صوراً أخرى خاصة ، يدخل فيها على الأحكام التى قدمناها كثير من التحوير .

ويمكن — للإيضاح — تقسيم اليمين المتممة إلى يمين متممة أصلية (serment supplétif, supplétoire) ويمين استيثاق ويمين استظهار (serment libératoire) ويمين تقويم (serment en plaids, ad litem, estimatoire) .

فاليمين المتممة الأصلية ، كاليمين الحاسمة ، تكون إما على واقعة شخصية وإما على عدم العلم . فاذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) .

وكل من يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار يمين توجه فى أحوال معينة ، على النحو الذى سنبينه ، على أن أحكام اليمين المتممة الأصلية لا تسرى على أى من هاتين اليمينين إلا بعد تحوير كبير . فتوجيه اليمين هنا إجبارى على القاضى ، وهو جوازى فى اليمين المتممة الأصلية . والذى توجه إليه اليمين هنا

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ ص ١٠٥٨ — ص ١٠٥٩ — الموجز للمؤلف ص ٦٩٦ .

هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون ، واليمين المتممة الأصلية توجه لأى من الخصمين . ولا يملك القاضى هنا إلا أن يقضى لمصلحة من حلف اليمين ، وهو لا يتقيد بذلك فى اليمين المتممة الأصلية . وهذه الفروق تقرب يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار من اليمين الحاسمة ، وتبعدهما عن اليمين المتممة[1]. ولكن مهمة كل من هاتين اليمينين هى التى تلحقها باليمين المتممة ، إذ هى إتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكمله بهذه اليمين .

ويمين التقويم يمين خاصة لا توجه إلا فى تقويم شىء معين عند ما يستعصى تقويمه عن طريق آخر . وهى أيضاً تنحرف فى أحكامها عن أحكام اليمين المتممة الأصلية فى أنها لا توجه إلا إلى المدعى ، وفى أن موضوعها لا يكون إلا التقويم .

ونستعرض الآن هذه الصور الخاصة من اليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم[2] .

٣١٧ — يمين الاستيثاق : هذه اليمين توجه فى أحوال ثلاثة نص عليها القانون ، وفى بعضها تكون يميناً على عدم العلم :

(أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة[3] أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين

(١) ويعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الاستيثاق يميناً حاسمة (أصول الإثبات فقرة ١٤٤).

(٢) وهناك فى الفقه الإسلامى يمين متممة أخرى هى يمين المدعى إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد ، فيقضى له بشاهده ويمينه ، فتكون اليمين متممة للشهادة . وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعى وأحمد ، لما روى أنه عليه السلام قضى بشاهد ويمين . وخالف أبو حنيفة فلم يجز القضاء بشاهد ويمين (انظر فى هذه المسألة البدائع ٦ ص ٢٢٥) . واليمين ، عند القائلين بالجواز ، تكمل شهادة الشاهد ، والقضاء إنما يكون بالشاهد واليمين معاً . وقد جاء فى هذا المعنى فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير : «وهل القضاء بالشاهد واليمين معاً ، أو بالشاهد فقط واليمين مؤكدة ، أو بالعكس : أقوال أصحها أولها . وتظهر فائدة الخلاف فيما لو رجع الشاهد : فعلى الأول يغرم النصف ، وعلى الثانى الكل ، وعلى الثالث لا شىء» . (حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٢ ص ٥٠٢) .

(٣) والحقوق التى تتقادم بسنة هى التى ذكرت فى الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ ، وهذا نصها : «تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها =

فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء[1] » .

فالقانون هنا ، بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جداً هي سنة فقط ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة — وقد اعتبرها دليلا غير كامل — بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له ، هي أداؤ الدين فعلا . فاذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصيائهم إن كانت الورثة قصراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء ونرى من ذلك أن يمين الاستيثاق تكون فى بعض صورها يميناً على واقعة شخصية ، وفى صور أخرى يميناً على عدم العلم ، وتبقى فى الحالتين يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق ، بل هى قد تكون أيضاً فى اليمين الحاسمة وفى اليمين المتممة الأصلية . فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، وقد سبق أن نبهنا إلى ذلك .

وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصددها أنها يمين إجبارية ، لابد للقاضي من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتما . على أنها تبقى بعد كل ذلك فى نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة . فهى تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة فى أنها ليست هى الدليل الوحيد فى الدعوى ، بل هى دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين.

= لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

(١) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢١٢ — ٢٧٦/٢١٣ — ٢٧٧ . وتنص المادة الأولى منهما (٢٧٦/٢١٢) على أنه : «فى حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحق ٣٦٠ يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان فى ذمته» . وتنص المادة الثانية (٢٧٧/٢١٣) على ما يأتى : «وأما الأرامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق » .

على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه فى حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء ، فهى قرينة قانونية قاطعة لايجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين . وسنعود إلى هذا الرأى عند الكلام فى القرائن القانونية القاطعة

(ثانياً) نصت المادة ٢٠١/١٩٤ من التقنين التجارى على أن « الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » .

فهذا النص أيضاً كالنص السابق يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم بمدة قصيرة هى خمس سنوات . وقد جعل القانون من هذا التقادم قرينة على الوفاء . ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلا غير كامل ، فرأى أن يعززها ، إذا طلب الدائن ذلك ، بيمين متممة يحلفها المدين على أن ليس فى ذمته شىء من الدين ، أو يحلفها ورثته ، وهنا يحلفون على أكثر من عدم العلم ، إذ يحلفون على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين .

ويمين الاستيثاق هذه ليست باجبارية ، ولكن طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضى . وتوجه إلى المدين أو ورثته دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتما [1] . ولكنها مع ذلك يمين متممة ، لأنها دليل تكميلى

---

(١) فالدائن وحده هو الذى يطلب توجيهها إذا أراد ذلك ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولا تملك المحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ، فاذا نكل المدين عنها خسر دعواه حتما ، وإذا حلفها تعين قبول دعواه . ومن ثم ورد فى كثير من الأحكام أنها يمين حاسمة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن اليمين المبينة فى المادة ١٩٤ من القانون التجارى هى يمين حاسمة يجب أن توجه من الخصم إلى الدائن لتأييد القرينة القانونية وهى حصول الوفاء المستمد من مضى خمس سنين على اليوم التالى لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية الموضحة بها ، فاذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة ، إذ معنى النكول فى هذه الحالة عدم قيام المدين بالوفاء (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بالتقادم ، فللدائن أن يوجه له يمين الاستيثاق ليحلف أنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، وليس على المحكمة أن تنبه الدائن إلى ذلك بحال من الأحوال (٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن ليس =

يعزز دليلا أصلياً فى الدعوى ، هو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء خمس سنوات على وجود الدين (١) .

(ثالثاً) نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدنى على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق » .

وهذا النص يختلف عن سابقيه . فهو يتكلم عن يمين تتمحض فى أنها يمين على عدم العلم . ثم إنها لا تعزز دليلا أصلياً فى الإثبات ، بل هى تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية . فهى لا تثبت شيئاً ، ولكنها تنشىء موقفاً . بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص ، إذ يستكمل بها من حلفها الشروط

= للمحكمة أن تكلف المدين من تلقاء نفسها حلف يمين الاستيثاق المشار إليها فى المادة ١٩٤ من القانون التجارى ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الدائن ، لأن هذه اليمين يمين حاسمة (١٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٥٠ ص ٧٦ . انظر أيضاً : أطسا ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٥٢ ص ٧٤٨) .

(١) قارن حكماً لمحكمة النقض ذكر أن هذه اليمين إنما شرعت لتكلمة القرينة القانونية على حصول الوفاء ، ولكنه أضفى عليها بعد ذلك خصائص اليمين الحاسمة . وهذا ما قرره الحكم المشار إليه : إن حلف اليمين بالتخالص تطبيقاً للمادة ١٩٤ من القانون التجارى إنما شرع لمصلحة الدائن فى الورقة لتكلمة القرينة القانونية على حصول الوفاء المستمدة من مضى خمس سنوات على اليوم التالى لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية . فاذا نكل المدين عن الحلف ، سقطت هذه القرينة . وإذن فالدائن هو الذى يوجه هذه اليمين أو لا يوجهها حسب مشيئته ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها . فاذا وجهها وركن بذلك إلى ذمة مدينه ، فقبل هذا العرض وحلف ، فان المحكمة تكون ملزمة بأن تقضى فى الدعوى على مقتضى الحلف . ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يجدد النزاع ارتكاناً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو لإثبات كذب اليمين ، لأن سلوكه هذا الطريق الذى اختاره من طرق الإثبات وقبول خصمه ما عرضه عليه إنما هو بمثابه صلح انعقد بين الطرفين على أن تكون دعوى الدائن معلقاً مصيرها على اليمين المعروضة على المدين وذلك فى مقابل تنازله عن كل دليل آخر يكون لديه . ومن ثم فلا يقبل من الدائن دعواه التى يرفعها سواء لإثبات كذب اليمين أو للمطالبة بتعويض عن الحنث فيها ، ولو كانت الدعوى العمومية لا ترفع من المدعى المدنى إلا إذا كانت دعواه المدنية مقبولة فان الدعوى المباشرة التى يرفعها الدائن للمطالبة بتعويض عن الكذب فى اليمين المذكورة لا تكون مقبولة (نقض جنائى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٤٧٦) .

القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية فى الإثبات . ومن هذه الناحية وحدها يمكن اعتبارها ، فى كثير من التجوز ، يمين استيثاق (٣) .

٣١٨ — يمين الاستظهار : هذه اليمين لاوجود لها فى التقنين المدنى المصرى ، ومن ثم لا تطبق أحكامها عندنا . وهى موجودة فى التقنين المدنى العراقى ، أخذها عن الفقه الإسلامى (٤) . فقد نصت المادة ٤٨٤ من هذا التقنين على ما يأتى :

---

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ .

(٢) جاء فى شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى عن يمين الاستظهار ما يأتى : «واليمين مع الشاهدين ، وتقع فى الرد أى دعوى رد المشترى للمبيع بعيب ، ودعوى الزوجة العنة على الزوج ، ودعوى الجراحة فى عضو باطن ادعى الجارح انه غير سليم ، ودعوى الإعسار أى إعسار نفسه إذا عهد له مال ، والدعوى على الغائب ، وعلى الميت ونحوهما ، وفيما إذا قال لزوجته أنت طالق أمس ثم قال أردت أنها طالق من غيرى . فيقيم فى هذه الصور البينة بما ادعاه ، ويحلف معها طلباً للاستظهار . والمراد بالمحلوف عليه فى الأولى قدم العيب ، وفى الثانية عدم الوطء ، وفى الثالثة السلامة ، وفى الأخيرة إرادة طلاق غيره » . (حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٢ ص ٤٧٥ — ص ٤٧٦) .

ونصت المادة ١٧٤٦ من المجلة على يمين الاستظهار على الوجه الآتى : « لا يحلف إلا بطلب الخصم . ولكن يحلف من قبل الحاكم فى أربعة مواضع بلا طلب . الأول إذا ادعى واحد على التركة حقاً وأثبته ، فيحلفه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأه منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس للميت بهذا الحق رهن ، ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثانى إذا استحق رجل مالا وأثبت دعواه ، حلفه الحاكم بأنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه . الثالث إذا أراد المشترى رد المبيع لعيبه ، حلفه الحاكم بأنه بعد اطلاعه على العيب لم يرض به قولا أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر فى مادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته ، يعنى لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه » . ويضيف الأستاذ سليم باز فى شرحه لهذه المادة ما يأتى : « ويستحلف أيضاً بلا طلب الخصم فى مسألة خامسة ، وهى إذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب ، تستحلف أنه لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئاً ولا أعطاها النفقة ، وهذا على قول أبى يوسف المفتى به (تكملة عن البحر) » (شرح المجلة لسليم باز ص ١٠٩٩ — ص ١١٠١) .

ويقول فرانسوا مارنير (François Marneur) ، فى رسالته « نظرية الإثبات فى الشريعة الإسلامية » باريس سنة ١٩١٠ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦ ، أن المدعى ، فى الحالات المتقدمة الذكر ، قد أثبت حقه بالبينة . ولما كانت هناك شبهة فى أن هذا الحق قد وفاه المدين ، فأن المدعى ينقلب مدعى عليه فى هذا الدفع بالوفاء . وليست هناك بينة على صحة الدفع ، فوجب أن يحلف المدعى عليه فى الدفع — وكان مدعياً فى دعوى الحق — اليمين على أن ذمة المدين لم تبرأ . فاليمين إنما يحلفه ، هنا أيضاً ، المدعى عليه ، وإن كان مدعياً فى الظاهر .

« تحلف المحكمة من تلقاء نفسها فى الأحوال الآتية : ١ — إذا ادعى أحد فى التركة حقاً وأثبته ، فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا أبرأه ، ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت فى مقابلة هذا الحق رهن . ب — إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه . جـ — إذا أراد المشترى رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة» .ثم نقل قانون البينات السورى (م ١٢٣) هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة هى : « إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه ».

وهذه الحقوق المذكورة فى النص تجتمع فى أنها تنطوى على شىء من الخفاء فمن يدعى فى التركة حقاً ، ومعه الدليل الذى يثبت هذا الحق ، لا يواجه خصمه الحقيقى ، وهو الميت ، ليبدى هذا ما عنده من دفوع لهذا الحق . والورثة قد يجهلون هذه الدفوع أو يجهلون بعضها . لذلك عندما يقيم المدعى الدليل على حقه فى التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل ، ويوجب تعزيزه بيمين متممة ، هى يمين الاستظهار ، على أن المدعى لم يستوف حقه بأية صورة من الصور . والمستحق للمال إنما قدم دليلا نسبياً على الملك . فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ، هى يمين الاستظهار ، على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . والمشترى الذى يرد المبيع لعيب ، ويقدم الدليل على هذا العيب ، يحتمل أن يكون قد رضى به . فعليه أن يعزز دليله بيمين متممة ، هى يمين الاستظهار ، على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . والشفيع عندما يطالب بالشفعة يحتمل أن يكون قد أسقط شفعته فعليه أن يعزز مطالبته بيمين متممة ، هى يمين الاستظهار ، على أنه لم يسقط حق شفعته بحال من الأحوال .

فيمين الاستظهار فى الأحوال المنصوص عليها إنما هى ، كما نراها ، يمين متممة . ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستيثاق : فهى يمين إجبارية ، يوجهها القاضى إلى خصم بالذات يعينه القانون ، وإذا حلفها الخصم كسب حتما دعواه .

٣١٩ — يمين التقويم — النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٧

من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى » .

« ٢ — ويحدد القاضى ، حتى فى هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه[١] » .

وهذا نص استحدثه التقنين المدنى الجديد . ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٢٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٣ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٤٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٦[٢] . ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٩[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – لا يجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا تعذر تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ٢ – ويحدد القاضى ، حتى فى هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التى يحلف عليها المدعى» . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٤٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٧ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨٣ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤٠ : لا يجوز للقاضى أن يستحلف المدعى مباشرة على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال إثباتها بطريقة أخرى . ويجب على القاضى أيضاً فى هذه الحالة أن يعين الحد الأقصى للمبلغ الذى يصدق عليه المدعى بيمينه . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٦ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٣) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٩ : لا يوجه القاضى اليمين إلى المدعى على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر . وحتى فى هذه الحالة يعين القاضى حداً أقصى للمبلغ الذى يصدق فيه المدعى بيمينه .

Art. 1369 : Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

وموضوع يمين التقويم هو ، كما نرى من النص ، تقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده ، فيقضي بقيمته . مثل ذلك وديعة أو عارية هلكت بتعد ، فيقضي بقيمتها للمودع أو المعير . ومثل ذلك أيضاً بيع أو إيجار فسخ ، وتعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشترى أو المستأجر ، فيقضي بالقيمة للبائع أو المؤجر[١] . ولكن هذه القيمة استحال تقديرها بأى طريق — ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف — فلم يعد مناص من الرجوع فى قيمتها إلى المدعى ، فيوجه إليه القاضي يمين التقويم . ومن هنا نرى أن الخصم الذى توجه إليه هذه اليمين المتممة هو دائماً المدعى الذى يطالب باسترداد الشيء[٢] ، دون المدعى عليه المطلوب منه الرد . ثم أن موضوع اليمين هو دائماً المبلغ الذى يقدر به المدعى قيمة الشيء المطلوب رده ، على ألا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يعينه القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يستلخصه من ظروف الدعوى[٣] .وفى هاتين الخصيصتين تختلف أحكام يمين التقويم عن أحكام اليمين المتممة الأصلية .

---

(١) ويأتى كولان وكابيتان بمثل لذلك : يفقد شخص حقيبته أثناء نقلها بالسكة الحديدية بخطأ من الشركة ، فيحلف يمين التقويم على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تشتمل عليه من متاع (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٢١) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٢ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٥ ص ٤٣٢ — ويجوز توجيه اليمين إلى نائب المدعى أو وارثه إذا كان عالما بقيمة الشيء المدعى به (أنسيكلوبيدى دالloz فى القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٤١ — فقرة ١٢٤٢) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وتنصب يمين التقويم على تحديد قيمة الشيء المدعى به . فهى تفترض أن الوفاء بالشيء عينا قد استحال وإلا كان التقويم عديم الجدوى ، ولذلك لا توجه هذه اليمين إلا للمدعى . وقد تكفل النص بتعيين الشروط الواجب توافرها لقبول يمين التقويم ، فاشترط أولا أن يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى متعذراً ، واشترط كذلك أن يعين القاضي حداً أقصى للقيمة التى يحلف عليها المدعى . وعلة هذا التقييد أن القاضي يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصالحه الذاتية» ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

ويقرر الفقيهان أوبرى ورو أن القاضي لايعتبر إلا قيمة الشيء الحقيقية لاقيمته الذاتية بالنسبة إلى المدعى ، ويدخل فى هذا الاعتبار ما أصاب المدعى من ضرر من جراء تفويت الفرصة عليه فى استرداد الشيء عينا (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥) . ويجوز للقاضي ، فى تقدير الحد الأقصى الذى يعينه للمدعى للحلف عليه ، أن يلجأ إلى الشهادة بالتسامع (commune renommée) (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٠ مكررة — ديمولومب ٣٠ فقرة ٧٢٨ — لوران ٢٠ فقرة ٣٠٢).

ولكن أحكام هـذه اليمين تتفق مع أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا يجوز ردها على الخصم الآخر ، وفي أن القاضي لا يتقيد بموجبها . فللقاضي أن يحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه الخصم أو بأكثر ، لا سيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضي أن يستهدي بها في تقدير قيمة الشيء . كذلك للمحكمة الاستئنافية أن تنقص أو تزيد في المبلغ الذي قضت به المحكمة الابتدائية(١) .

ولما كان النص مستحدثاً كما قدمنا، فلا يكون له أثر رجعي، وهو لا يسري بما له من خصائص يختلف فيها عن اليمين المتممة الأصلية، إلا من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، عن التزامات بالرد نشأت منذ هذا التاريخ .

---

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٨١ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «أما فيما يتعلق بالحجية فيمين التقويم واليمين المتممة بمنزلة سواء . فيمين التقويم لا تقيد القاضي ، فله أن يقضي بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا آنس مبالغة في تقدير هذا المبلغ» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٦) .

الفصل الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضى

٣٢٠ — موضوعاله للبحث : عرض الفصل الثالث فى الإثبات ، من التقنين المدنى ، للقرائن . فتناول القرائن القانونيـة ، وذكر من بينها حجية الأمر المقضى وارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى . ثم تناول القرائن القضائية .

ولما كنا قد فرغنا من الكلام فى القرائن القضائية فيما تقدم ، وتناولنا موضوع ارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنـائى فى الجزء الأول من هذا الكتاب(١) ، فلا يبقى للبحث إلا موضوعان :

(١) القرائن القانونية .

(٢) حجية الأمر المقضى ، وهى قرينة من أبرز القرائن القانونية .

ونتناول كلا من هذين الموضوعين .

الفرع الاول

القرائن القانونية

٣٢١ — النصوص القانونية : تنص المـادة ٤٠٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك(٢) » .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٣١ — فقرة ٦٣٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق. وأقرته لجنة المراجعة فأصبح المادة ٤١٧ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فلجنة =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . على أن الأحكام تكاد تكون واحدة فى القانونين القديم والجديد ، إلا أن التقنين الجديد حسم الأمر فى خصوص القرينة القاطعة أو المطلقة ، فقرر ، كما نرى ، أن القرينة لا تكون قاطعة إلا بنص القانون ، أى إلا إذا نص القانون على أنها لا تقبل النقض .

ويقابل النص فى التقنينات العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ٨٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٠٢ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادتين ٣٠٣ و٣٠٦ ، وفى التقنين الليبى المادة ٣٩٢[1] .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادتين ١٣٥٠ و١٣٥٢[2] .

=مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٤ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٦ وص ٤١٩) .

(انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٦ — ص ٤١٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينـات السورى م ٨٩ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٥٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣٠٣ : يراد بالقرينة القانونية القرينة التى يعلقها القانون على بعض الأعمال والوقائع : (أولا) الأعمال التى يصرح القانون ببطلانها بتقدير أنها أجريت خلافاً لأحكامه وبالنظر إلى صفتها فقط . (ثانياً) الأعمال التى يصرح القانون فى شأنها بأن حق الملكية وإبراء الذمة ناتج عن بعض ظروف معينة . (ثالثاً) القوة التى يمنحها القانون للقضية المحكمة — م ٣٠٦ : إن القرينة القانونية تغنى من تقوم فى مصلحته عن كل بينة . لا تقبل أية بينة ضد القرينة القانونية عندما يستند القانون إلى هذه القرينة فى إبطال بعض الأعمال أو منع التقـاضى ، إلا إذا كان القانون قد احتفظ بقبول البينة على العكس أو إذا نتجت هذه البينة عن إقرار أو يمين قضائيين فى جميع الأحوال التى لا تختص بالنظام العام .

(والتقنين اللبنانى يكاد يطابق فى نصوصه فى هذه المسألة التقنين الفرنسى كما سنرى . ويقرب على كل حال من أحكام التقنين المصرى . ويلاحظ أن التقنين اللبنانى أورد فى المواد التالية — م ٣٠٧ — ٣٠٩ — القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية على أساس أن الحيازة هنا قرينة قانونية قاطعة) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٠ : القرينة القانونية هى التى يجعلها نص القانون تتعلق بتصرفات أو وقائع معينة . من ذلك : (١) التصرفات التى يقرر القانون أنها باطلة ، مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وذلك نظراً لصفتها وحدها . (٢) الأحوال التى يقرر فيها =

ونتكلم فى مسألتين : (١) ركن القرينة القانونية والمهمة التى تقوم بها هذه القرينة (٢) حجية القرينة القانونية فى الإثبات .

المبحث الأول

ركن القرينة القانونية والمهمة التى تقوم بها هذه القرينة

٣٢٢ – ركن القرينة القانونية هو نص القانون – القرينة القانونية والقرينة القضائية : قدمنا ، عند الكلام فى القرائن القضائية ، أن للقرينة القضائية عنصرين : (١) واقعة ثابتة يختارها القاضى وتسمى علامة أو أمارة (indice) (٢) وعملية استنباط يقوم بها القاضى ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وقلنا إن هذين العنصرين هما من عمل القاضى : الواقعة الثابتة هو الذى يختارها ، وعملية الاستنباط هو الذى يجريها . وللقاضى سلطة واسعة فى كل ذلك .

= القانون أن كسب الملكية أو براءة الذمة تنتج عن بعض ظروف معينة . (٣) الحجية التى يرتبها القانون على الأمر المقضى . (٤) القوة التى يجعلها القانون لإقرار الخصم أو يمينه – م ١٣٥٢ : القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أى دليل . ولا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة . هذا ما لم يحفظ القانون الحق فى إقامة الدليل العكسى ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر فى خصوص اليمين والإقرار القضائيين .

Art. 1350 : La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

Art. 1352 : La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

أما القرينة القانونية فعلى العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضى، بل ان العمل كله للقانون . فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده . فهو الذى يختار العنصر الأول ، أى الواقعة الثابتة . وهو الذى يجرى عملية الاستنباط فيقول : ما دامت هذه الواقعة قد ثبتت، فان واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ من التقنين المدنى من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به . فالواقعة التى ثبتت هى وصول التعبير عن الإرادة . ويستنبط منها القانون واقعة أخرى ، هى العلم بهذا التعبير ، يعتبرها القانون هى أيضاً ثابتة . وقس على ذلك القرائن القانونية التى أقامها التقنين المدنى فى المادتين ٢٣٨و٢٣٩ وغيرهما من النصوص .

فعنصر القرينة القانونية إذن هو نص القانون ، ولا شىء غير ذلك . ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون . وإذا وجد النص ، فقامت القرينة القانونية ، فانه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتماداً على المماثلة أو الأولوية . بل لابد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية (١) .

ولا سلطة للقاضى فى القرينة القانونية كما قدمنا . ويغلب أن تكون القرينة

---

(١) بوتييه فقرة ٨٣٧ – ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٥٢ – بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٣ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١١ وهامش رقم ٣ — على أن القضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، لا يتقيد بحرفية هذه القاعدة . فقد يستعير قرينة قانونية ، وضعت فى مكان معين ، لمكان آخر ، وقد فعل ذلك عندما افترض قيام حسن النية دائماً مع أن المشرع لم يفترض حسن النية إلا فى مواضع معينة . ويفترض القضاء ، فى بعض الأحيان ، وجود بعض العناصر التى تقوم عليها القرينة القانونية . فعل القضاء الفرنسى ذلك فى قرينة تسلم السند إلى المدين ، فافترض أن هذا التسلم اختيارى . وفعل كل من القضاء الفرنسى والمصرى ذلك فى قرينة المسئولية عن فعل الحيوان والأشياء ، فافترض أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان أو الشىء (انظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٢) . ويقول جنى فى هذا الصدد أن القرائن القانونية فى أصلها قد نبتت فى تربة العرف والقضاء ، وتحولت لتكون قرائن قانونية . فلا عجب إذا هى بقيت تستمد غذاءها من تربتها الأصلية ، وهى تربة قوية خصبة (جنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص ٣ فقرة ٢٣٥) .

هذا ويعثر الباحث فى نصوص الفقه الإسلامى على طائفة من القرائن الشرعية تعدل القرائن القانونية ، وهى منتثرة فى كتب الفقه . وقد جمع منها الأستاذ أحمد إبراهيم فى كتابه « طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٤٢٧) — ص ٤٣٠ جملة صالحة ، منها : =

القانونية فى الأصل قرينة قضائية ، انتزعها القانون لحسابه ، فنص عليها ، وحدد مداها ، ونظم حجيتها ، ولم يدع للقاضى فيها عملا (١) . فالحقيقة القضائية هنا هى من عمل القانون وحده ، يفرضها على القاضى وعلى الخصوم . وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية ، فهى من عمل القاضى (٢) .

ومن هنا تتبين خطورة القرائن القانونية . فهى ، وإن كانت تقام على فكرة ما هو راجح الوقوع (idée de probabilité) ، يقيمها القانون مقدماً ، ويعممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التى تطبق فيها كما هو الأمر فى القرائن القضائية . ومن ثم تتخلف حالات — تتفاوت قلة وكثرة — لا تستقيم فيها القرينة القانونية (٣) .

= ١ — ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعاً ، فالولد للفراش ، وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ولكن بطريق خاص هو طريق اللعان .

٢ — الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه ، واتخاذ ذلك قرينة على موته .

٣ — التصرف فى مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .

٤ — تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده .

٥ — وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء المدين . وقد نص على ذلك ابن فرحون فى باب القرائن ، وحكى خلافاً فى المسألة .

(١) وقد قدمنا أن القرينة القانونية لم تكن فى الأصل إلا قرينة قضائية ، عممها القانون بعد أن نظمها (بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) ، بل هناك من القرائن القانونية ما نزل عن مرتبته وعاد إلى ما كان عليه قرينة قضائية .

(٢) ويرتب بارتان على ذلك نتيجة هامة فى قواعد الإسناد وتنازع القوانين . فالقرينة القانونية تتصل بموضوع الحق اتصالا وثيقاً ، ومن ثم تخضع لقانون الموضوع . أما القرينة القضائية فهى من عمل القاضى كما قدمنا ، ولذلك تخضع لقانون القاضى (بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) . كذلك إذا أنشأ القانون قرينة قانونية جديدة ، فلا يكون لها أثر رجعى ، إذ هى تتصل بموضوع الحق اتصالا وثيقاً ، فهى ككل القواعد الموضوعية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعى إلا بنص خاص يقضى بذلك (جنى : العلم والصياغة فى القانون الخاص ٣ ص ٣٣٢— ص ٣٣٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١٠ .

ويعقد جنى مقارنة شيقة بين القرينة القانونية والحيلة فى القانون (fiction) . فالقرينة القانونية قاعدة من قواعد الإثبات تقبل فى العادة إثبات العكس . ويجعلها القانون فى بعض الأحوال لا تقبل إثبات العكس ، بل يقلبها فى أحوال أخرى من قاعدة إثبات إلى قاعدة موضوعية فتصبح هى أيضا غير قابلة لإثبات العكس . ولكنها فى كل هذه الأحوال تبقى قائمة على فكرة =

٣٢٣ – مهمة القرينة القانونية هي الاعفاء من الاثبات : وتختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية فى أن الأولى تعتبر دليلا إيجابياً فى الاثبات ، وان كانت دليلا غير مباشر . هى أولا دليل ايجابى : لأن الخصم يتوسل بها الى اثبات دعواه ، وعليه هو أن يستجمع عناصرها ويلم شتاتها ويتقدم الى القاضى باستنباط الواقعة المراد استخلاصها منها ، والقاضى بعد حر فى مسايرة الخصم ، فقد يسلم بثبوت الواقعة التى هى أساس القرينة وقد لا يسلم ، وقد يقر استنباط الخصم وقد لا يقر ، ولكنه على كل حال ليس ملزماً أن يستجمع هو بنفسه القرائن وأن يستخلص منها دلالتها ، بل على الخصم يقع عبء تقديم القرينة ، وان كان للقاضى أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة فى الدعوى لم يتقدم بها الخصم . والقرينة القضائية ثانياً دليل غير مباشر : لأن الواقعة الثابتة ليست هى نفس الواقعة المراد اثباتها ، بل واقعة أخرى قريبة منها ومتعلقة بها ، بحيث ان ثبوت الواقعة الأولى على هذا النحو المباشر يعتبر اثباتاً للواقعة الثانية على نحو غير مباشر .

أما القرينة القانونية فهى ليست دليلا للإثبات ، بل هى اعفاء منه (dispense de preuve) . فالخصم الذى تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات ، اذ القانون هو الذى تكفل باعتبار الواقعة المراد اثباتها

= الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) . أما الحيلة فتختلف عن القرينة فى أنها لا أساس لها من الواقع ، بل هى من خلق المشرع ، فرضها فرضاً حتمياً ، فاستعصت طبيعتها بداهة على قبول إثبات العكس . فهى أقوى من القرينة القانونية ، ولكنها أشد خطراً . ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع إلا حيث تضيق القرينة القانونية . ويأتى جنى بأمثلة على ما قدمه : حجية الأمر المقضى قامت على قرينة قانونيــة لا تقبل إثبات العكس ، بل هى فى الواقع قد تحولت إلى قاعدة موضوعية ، ولكنها بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . كذلك مسئولية رب العمل عن سلامة العمال ، وهى قائمة على تحمل التبعة ، خرجت عن أن تكون قرينة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، ولكنها هى أيضاً بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . أما القاعدة التى تقضى بأنه لا يفترض الجهل بالقانون (nul n'est censé ignorer la loi) ، فهى قاعدة لا تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، بل تقوم على الحيلة (fiction) ، إذ يفرض المشرع فرضاً حتمياً أن الشخص عالم بأحكام القانون ، لا يقبل فى ذلك عذراً ، حتى تستقيم أمور نظمها بقاعدة تقوم على الحيلة ، وتضيق بها القرينة . (جنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨٩ – ص ٣٩٠) .

ثابتة بقيام القرينة ، وأعفى الخصم من تقديم الدليل عليها . وتستوى فى ذلك القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فسنرى أن القرينة القانونية البسيطة هى أيضاً اعفاء من الإثبات ، وأن جواز اقامة الدليل على عكسها ليس إلا نزولا على أصل من أصول الإثبات يقضى بجواز نقض الدليل بالدليل .

والقرينة القانونية تعفى من الإثبات فى الدائرة التى رسمها لها القانون، ولو فى تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أى فى دائرة لا تقبل فيها القرينة القضائية .

٣٢٤ — ولكن يجب على الخصم اثبات الواقعة التى تقوم عليها

القرينة القانونية : على أن القرينة القانونية إذا كانت إعفاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها ، فهى ليست إعفاء من إثبات الواقعة التى تقوم عليها القرينة ، والتى يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات للواقعة الأولى .

مثل ذلك أن التقنين المدنى ، فى المادة ٥٨٧ ، يقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . فالقانون هنا أقام قرينة قانونية على واقعة الوفاء بقسط سابق من الأجرة ، وأقامها على واقعة الوفاء بقسط لاحق . فواقعة الوفاء بقسط سابق هى الواقعة المراد إثباتها ، وقد اعتبرها القانون ثابتة وأعفى المستأجر من إثباتها . وواقعة الوفاء بقسط لاحق هى الواقعة التى تقوم عليها القرينة ، ولم يعف القانون المستأجر من إثباتها ، بل يجب على هذا أن يثبتها وفقاً للقواعد العامة[1]. فان كان القسط اللاحق لا يزيد على عشرة جنيهات كان للمستأجر أن يثبت الوفاء به بجميع الطرق ، وإن زاد على هذا المبلغ لم يجز إثبات الوفاء به إلا بالكتابة .

---

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يعدو موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد إلى واقعة قانونية ، يفترض القانون قيامها ، ويقبل بذلك من تحمل عبء إقامة الدليل عليها . بيد أن هذه الإقالة لا تتناول إلا تلك الواقعة ممثلة فى القرينة القانونية ذاتها ، بمعنى أن من واجب من يتمسك بقرينة من القرائن أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧) . انظر أيضاً بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٩ .

٣٢٥ — فالقرينة القانونية هي نقل الاثبات من محل الى آخر : ونرى من ذلك أن القرينة القانونية ليست فى الواقع إلا نقلا للاثبات من محله الأصلى إلى محل آخر (déplacement de preuve) . فالواقعة المراد إثباتها — وهى المحل الأصلى — يزحزح القانون عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها . فاذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى ، اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة بحكم القانون .

٣٢٦ — الحكمة فى القرائن القانونية : وترجع الحكمة فى النص على القرائن القانونية إلى أمور ، منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ، ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد .

أما ما يتعلق بالمصلحة العامة ، فقد يكون ذلك :

(١) لتحقيق هذه المصلحة ، كما هو الأمر فى حجية الأمر المقضى . فقد وضع الشارع قرينة قانونية تقضى بأن الحكم صحيح فيما قضى به ، فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة . ولو لم يفعل الشارع ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقلة مزعزعة ، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم ، فوجب وضع هذه القرينة القانونية تحقيقاً لمصلحة عامة ، هى احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع .

(٢) لتضييق السبل على من يحاول الاحتيال على القانون . ذلك أن القانون قد يضع أحكاماً يعتبرها من النظام العام ، ويحتاط حتى لا تخالفها الناس فى تعاملها ولو بطريق غير مباشر ، فيضع قرائن قانونية تبطل ضروباً من التعامل تراد بها مخالفة هذه الأحكام . مثل ذلك القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا يجوز أن تزيد على ثلث التركة ، قد تحتال الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيعاً أو هبة أو أى تصرف قانونى آخر . فوضع الشارع قرينة قانونية ، فى المادة ٩١٦ من التقنين المدنى ، تقضى بأن «كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف» . فجعل صدور التبرع

فى مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية[١].

وأما ما يتعلق بمصالح الأفراد ، فقد يكون ذلك :

(١) لتعذر الإثبات فى بعض الأحوال تعذراً قد يصل إلى درجة الاستحالة ، فيعمد الشارع إلى وضع قرينة تعفى من هذا العبء . مثل ذلك مسئولية المتبوع عن تابعه ، فهى – كما يقال – مبنية على خطأ مفترض : علاقة التبعية وكون خطأ التابع قد وقع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها قد جعلهما الشارع قرينة قانونية على الخطأ الصادر من المتبوع فى الرقابة على أعمال تابعه ، لتعذر إثبات هذا الخطأ فى أكثر الأحوال . ومثل ذلك أيضاً القاعدة التى تقضى بأن الولد للفراش ، فابن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها ، والزوجية قرينة قانونية على بنوة الابن لأبيه ، لتعذر إثبات البنوة من الأب[٢].

(٢) للأخذ بالمألوف المتعارف بين الناس . فاذا جعل الشارع المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، فذلك لأن المألوف بين الناس فى التعامل هو أن المؤجر لا يعطى المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة[٣].

المبحث الثانى

حجية القرينة القانونية فى الإثبات

٣٢٧ — القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية غير القاطعة : قدمنا أن القرينة القانونية هى إعفاء من الإثبات . فالخصم الذى تقوم القرينة القانونية لصالحه معفى من إثبات الواقعة التى يستخلصها القانون من هذه القرينة .

(١) وسنرى فيما يلى أن الأمر هنا إنما يتعلق بقاعدة موضوعية ، لا بقرينة قانونية .

(٢) وهنا أيضاً نساير بعض الآراء الذائعة فى الفقه ، وإلا فإن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هى مسئولية عن الغير ، وليست تقوم على خطأ مفترض . وهى والقاعدة التى تقضى بأن الولد للفراش من القواعد الموضوعية ، لا من قواعد الإثبات . وسنرى ذلك فيما يلى .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٠ — قارن جنى (Gény) فى العلم والصياغة فى القانون الخاص جزء ٣ فقرة ٢٣٣ .

ولكن لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل إثبات العكس ، فالدليل الكتابى يقبل إثبات العكس بدليل كتابى مثله ، والبينة تقبل إثبات العكس ببينة مثلها أو بدليل كتابى ، والقرائن القضائية تقبل إثبات العكس بقرائن مثلها أو ببينة أو بدليل كتابى ، وذلك كله وفقاً لمبدأ أساسى فى الإثبات هو حرية الدفاع ، (liberté de défense) ، فان هذا يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية — وقد أثبتت واقعة معينة — تقبل فى الأصل إثبات عكس هذه الواقعة (1) وإذا كان الدليل الكتابى والبينة — وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر — يقبلان إثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية — وهى تقتصر على الإعفاء من الإثبات — أن تقبل هى الأخرى إثبات العكس (2) .

ويتبين من ذلك أن الأصل فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ،

---

(1) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن كل قرينة قانونية يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . وقد حرص المشروع على إبراز هذا الأصل ، ولو أن نصوص التقنينات الأجنبية لاتجزم به فى عبارة صريحة . بل إن التزام ظاهر هذه النصوص يوحى على نقيض ذلك أن الأصل ، فى منطقتها ، أن تكون القرائن قاطعة ، وأن البساطة فيها ليست سوى مجرد استثناء . بيد أن أمثال تلك النصوص ونظيرها فى المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٣٠٤) لاتواجه إلا طائفة خاصة من القرائن القانونية ، وهى التى يرتب القانون على قيامها بطلان بعض التصرفات أو نفى حق التقاضى . وقد يكون فى حظر نقض دلالة هذه الطائفة الخاصة من القرائن القانونية من طريق إقامة الدليل العكسى ما يفيد أن الأصل ، فيما عدا هذا الحظر الذى خص بالنص ، أن تكون القرائن بسيطة ، وأن يباح إقامة الدليل على خلاف دلالتها . ثم إن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عدداً من القرائن القاطعة ، وإزاء ذلك تكون بساطة القرينة هى القاعدة . على أن القواعد العامة فى الإثبات تنهض لتوجيه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابى يجوز نقضه إما بطريق الطعن بالتزوير وإما باقامة الدليل العكسى ، والقرينة القانونية ليست إلا حجة يقيمها الشارع ، فإذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهى لا تعدو أن تكون احتمالا يصح فيه الخطأ فى بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز إقامة الدليل العكسى لنفى القرينة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والأحوال التى تؤسس فيها القرينة على النظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧ — ص ٤١٨) .

(2) ومعنى إثبات العكس هنا هو إثباته فى الحالة الخاصة التى يكون الخصم بصددها . وإلا فإنه لا يجوز إثبات عكس القرينة فى عمومها ، وبوصفها قاعدة تشريعية ، فإن هذا الإثبات معناه إلغاء التشريع ذاته الذى أقام القرينة القانونية ، ولا يلغى التشريع إلا بتشريع مثله (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ٧) .

أى أنها تقبل إثبات العكس . فاذا هى لم تقبل إثبات العكس ، فذلك هو الاستثناء [١] .

فمتى إذن نعتبر استثناء أن القرينة قاطعة ؟ يقودنا هذا إلى الكلام فى القرينة القاطعة ثم فى القرينة غير القاطعة .

المطلب الأول

القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة

(présomption irréfragable, absolue, juris et de juré)

٣٢٨ — *التقنين المدنى الفرنسى* : حاول التقنين المدنى الفرنسى أن يضع معياراً للقرينة القانونية القاطعة ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة **١٣٥٢** على أنه « لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة ، هذا ما لم يحفظ القانون الحق فى إقامة الدليل العكسى ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر فى خصوص اليمين والإقرار القضائيين » .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التى يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً بالمادة **٩١١** من التقنين المدنى الفرنسى ، وتنص على أن « كل تبرع صادر لعديم الأهلية يكون باطلا ، سواء ستر فى صورة عقد معارضة أو صدر لشخص مسخر (personne interposée) . ويعتبر شخصاً مسخراً لعديم الأهلية أبوه وأمه وأولاده وفروعه وزوجه» . فهنا يبطل القانون تصرفاً قانونياً على أساس قرينة قانونية . إذ الهبة تكون باطلة إذا صدرت لعديم الأهلية . ويقيم القانون قرينة قانونية ، إذا صدرت الهبة لأحد من أقارب عديم الأهلية المذكورين فى النص ، على أن الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعديم الأهلية ، وتكون الهبة قد صدرت فى الواقع من الأمر لعديم الأهلية نفسه ، ومن ثم تكون باطلة .

(١) فى هذا المعنى حتى فى عهد التقنين المدنى السابق الذى لم يشتمل على نص صريح فى المسألة : الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٧٢ – ص ٢٧٤ — قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٦١٨ .

فالقرينة القانونية التى نص عليها القانون قد أبطل على أساسها تصرفاً قانونياً هو عقد الهبة . ولذلك تكون هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للشخص المسخر (الاسم المستعار) الذى تلقى الهبة أن يثبت أنه ليس شخصاً مسخراً لعدم الأهلية وأنه هو المقصود حقيقة بالهبة (١). ويمثلون أيضاً بالمادة ٤٧٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وتنص على أن «كل تعامل بين الوصى والقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون باطلا إذا لم يسبقه تقديم حساب مفصل مصحوب بالسندات المؤيدة له ، ويكون كل هذا ثابتاً بايصال من ذى الشأن قبل التعامل بعشرة أيام على الأقل» . فالقانون هنا أبطل تصرفاً قانونياً ، هو التعامل ما بين الوصى والقاصر بعد بلوغه سن الرشد ، على أساس قرينة قانونية ، هى العلاقة القائمة ما بين الوصى ومحجوره السابق دون أن يقدم له الوصى حساباً مفصلا عن ادارته لأمواله ، وفى هذا مظنة استغلال الوصى لمحجوره السابق فى التعامل الذى جرى بينهما قبل تقديم الحساب . فتكون القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، ولا يجوز للوصى أن يثبت أن التعامل الذى تم كان تعاملا جدياً لا استغلال فيه .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التى يجعل القانون على أساسها الدعوى غير مقبولة بحجية الأمر المقضى وبالتقادم وبتسليم سند الدين للمدين . فحجية الأمر المقضى تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى التى تدفع بهذه الحجية لا يجوز سماعها . والتقادم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دفعت بالتقادم . وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على براءة ذمة المدين ، والقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، لأن الدائن إذا رفع دعوى على مدينه بعد أن سلمه سند الدين ، ودفع المدين بهذه القرينة ، تكون الدعوى غير مقبولة . ومن ثم لا يجوز للمحكوم عليه ، فى حجية الأمر المقضى ، أن يثبت أن الحكم الذى يحتج عليه به غير صحيح . ولا يجوز للدائن ، فى التقادم ، أن يثبت أن الدين

---

(١) انظر أيضاً المادة ١١٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى فى تسخير أشخاص معينين فى الهبة ما بين الزوجين . وانظر فى هذه المسألة ديكوتينيس (Decottignies) فى القرائن فى القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ ص ١٠١ — ص ١٠٣ .

موجود بالرغم من تقـادمه . ولا يجوز للدائن ، فى تسليم سند الدين ، أن يثبت عدم براءة ذمة المدين بالرغم من تسلمه للسند .

ويخلص مما تقدم أن القانون إذا أبطل تصرفاً قانونياً أو جعل الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ،كانت هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس[1].

٣٢٩ — انتقاد التقنين الفرنسى : وهذا المعيـار الذى اختاره التقنين المدنى الفرنسى للقرينة القانونية القاطعـة كان محل انتقاد شـديد من الفقهاء الفرنسيين ، وبخاصة من چنى (Gény) فى كتابه المعروف : العلم والصياغة فى القانون الخاص [2] .

فيقول عن الشق الأول من المعيـار — إبطال التصرف القانونى على أساس القرينة القانونيـة — انه لا يعبر بأمانة عن الغرض الحقيقى للمشرع . فقد أراد هذا أن يجعل القرينة قاطعة ليسد بها السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهى القانون المبنية على النظام العام[3] . وهناك صلة وثيقة بين ما ورد عن إبطال التصرف فى المـادة ١٣٥٠ وما ورد عن ذلك فى المـادة ١٣٥٢ . فقد ذكرت المادة ١٣٥٠ صراحة فى هذا الصدد التصرفات التى يقرر القانون أنها باطلة مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وهذا هو عين ما قصد إليه بذكره إبطال التصرف فى المادة ١٣٥٢ .

وأما عن الشق الثانى من المعيار — جعل الدعوى غير مقبولة على أساس القرينة القانونية — فيقول چنى ان المقصود بهذا المعيار أن يكون هناك دفع يمنع

---

(١) وقد استدركت المادة ١٣٥٢ من التقنين الفرنسى بأن استثنت حالة ما إذا كان القانون قد حفظ الحق فى إقامة الدليل العكسى . ويمثل الفقيهان أوبرى ورو على هذه الحالة المستثناة بالمادة ١٢٨٣ من التقنين الفرنسى ، وتنص على أن « تسليم الصورة التنفيـذية للسند تسليماً اختيارياً يفيد الإبراء أو الوفاء ، ما لم يقم الدليل على العكس » . فهنا يجعل القانون الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، فكان ينبغى أن تكون هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، ولكن القانون نص صراحة على جواز ذلك . ولا يوجد ، فى التقنين الفرنسى ، مثل لقرينة قانونية يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً وينص القانون مع ذلك على أنها قابلة لإثبات العكس (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١٠) .

(٢) انظر بنوع خاص فى هذا الموضوع : چنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص الثالث فى القرائن . ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص .

(٣) چنى فى العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٦ .

من الدخول في موضوع الدعوى فترفض على هذا الأساس ، لا ألا ترفع الدعوى أصلا فان أية دعوى ترفع يجب نظرها وإلا كان هذا إنكاراً لأداء العدالة . ولما كان الدفع بأية قرينة قانونية — قاطعة كانت أو غير قاطعة — يؤدى إلى عدم الدخول في الموضوع والوقوف عند هذه القرينة ، كان هذا المعيار إن فهم على المعنى الأول يتناول كل القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة دون تمييز فيما بينها ، وإن فهم على المعنى الثانى فانه لا يتناول شيئاً منها على الإطلاق (١).

٣٣٠ — الرأى الصحيح : والرأى الذى يبدو صحيحاً ، ويتجه إليه الفقه الفرنسى المعاصر ، فى معيار القرائن القانونية القاطعة يمكن بسطه على النحو الآتى :

الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة ، فتقبل إثبات العكس ، وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون . ولكن هناك قرائن أقامها المشرع لاعتبارات هامة خطيرة ، يحرص كل الحرص على عدم الإخلال بها ، ومن ثم يجعل هذه القرائن غير قابلة لإثبات العكس حتى يستقيم له غرضه . ولا يرجع ذلك ضرورة إلى أن القرينة القانونية القاطعة هى أكثر انطباقاً على الواقع من غيرها ، بل يرجع لاعتبارات يستقل بتقديرها المشرع ، فهو وحده الذى وضع القرينة القانونية ، وهو وحده الذى يقدر ما إذا كان يجعلها غير قابلة لإثبات العكس . ومن ثم كان واجباً على المشرع عندما يقيم قرينة قانونية ، ويريد أن يحكم تشريعه ، أن ينظر ما إذا كانت الاعتبارات التى اقتضت النص على هذه القرينة هى من الأهمية والخطورة بحيث تستوجب أن تبقى القرينة قائمة فى جميع الأحوال ، فعند ذلك ينص على عدم جواز إثبات العكس . فان سكت عن ذلك ، كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس رجوعاً إلى الأصل (٢) .

---

(١) جنى فى العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٧ — ص ٣٩٩ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٤ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٣ .

(٢) ويقول جنى فى هذا المعنى أن المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغى فى الأصل أن يجعلها قابلة لإثبات العكس . فالقرينة القانونية دليل يقوم على الراجح الغالب الوقوع لا على التأكيد المطلق ، فيجب إفساح المجال لمن قامت ضده القرينة أن يثبت أن حالته لا تندرج تحت =

٣٣١ — التقنين المدنى المصرى : وهذا هو عين ما فعله المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد . إذ نص ، كما رأينا ، فى المادة ٤٠٤ على أنه « يجوز نقض هذه القرينة (أى القرينة القانونية) بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »

والسياسة التشريعية التى جرى عليها المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد هى أنه عندما يقف عند قرينة قانونية يريد جعلها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ينص على ذلك ، وإن كان النص يأتى بطريق غير مباشر . فعل ذلك فى القرائن القانونية على الخطأ التى تقوم عليها المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق .

فقد نصت المادة ١٧٦ على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه» . فأقام المشرع مسئولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس ، ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسئولية عن عاتقه إلا باثبات السبب الأجنبى . ومقتضى هذا أن الحارس — وقوام مسئوليته الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما — يستطيع أن ينفى علاقة السببية باثبات عكسها وهو السبب الأجنبى ، ولا يستطيع أن ينفى الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس . وعلى هذا المنوال جرى فى المسئولية عن الأشياء (م ١٧٨) ، وفى المسئولية العقدية (م ٢١٥) ، وفى

= هذا الراجح الغالب الوقوع ، فإذا ما أراد المشرع أن يجعل القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فلا بد أن يكون عنده من الأسباب الجوهرية ما يدعوه إلى إقفال الباب دون نقض القرينة ، وقلب الراجح الغالب الوقوع إلى التأكيد المطلق ، حتى يجعل القرينة تسيطر فى كل حالة دون أن يمكن دحضها . ثم ينبغى إلى جانب ذلك أن ينص المشرع على أن القرينة لا تقبل إثبات العكس ، كما فعل المشرع الألمانى فى المادة ٢٩٢ من تقنين المرافعات . وينعى جنى على المشرع الفرنسى إنه لم يختط هذه الخطة ، بل لجأ إلى معيارين ينطويان على درجة كبيرة من الابهام والغموض . ثم يقول إن هذا الغموض قد أفسح المجال للقضاء والفقه فى تفسير النصوص بما يتفق مع القواعد الصحيحة ، فتكون القرينة قاطعة أو غير قاطعة تبعاً للاعتبارات التى حملت المشرع على إقامتها (جنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٩٨ — ص ٣٠١ وص ٣٠٩ — ص ٣١٢ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٩ ص ١٠١٢) .

مسئولية المستأجر عن الحريق (م ٥٨٤)[1].

بل إن التقنين المصرى كثيراً ما ينص على أن قرينة قانونية معينة قابلة لإثبات العكس ، فى غير ضرورة ، إذ هى قابلة لإثبات العكس ولو لم ينص على ذلك ، رجوعاً إلى الأصل كما قدمنا . ولكنه يفعل ذلك منعاً للبس . نص فى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ على أن « يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . فأقام مسئولية المكلف بالرقابة على قرينة قانونية تفيد الخطأ ، ولكنه نص على جواز نفى الخطأ باثبات عكس هذه القرينة ويكفى لذلك أن يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجبه فى هذا الصدد . ونص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . ونص فى المادة ٩١ على أن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . وهو بعد أن نص على أن وصول التعبير قرينة على العلم وأن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، لم ير حاجة فى أن يعود إلى النص على جواز إثبات العكس ، بعد أن زال كل لبس فى ذلك ، عندما عرض للتعاقد ما بين الغائبين فى المادة ٩٧ ، فنص فى الفقرة الثانية من هذه المادة على أن « يفترض أن

---

(١) وسنرى فيما يلى أن كثيراً مما يوصف بأنه قرينة قانونية قاطعة كحجية الأمر المقضى والتقادم ، ليس فى الواقع إلا قواعد موضوعية . ويبقى معدوداً فى القرائن القانونية القاطعة هذه القرائن الأربع . وهى كلها مسئوليات يقيمها القانون على قرينة الخطأ . ويمكن التساؤل عما إذا كان من الجائز ، عندما يفرض المشرع الخطأ فى جانب المسئول ، أن يقفل فى وجهه الباب فلا يستطيع أن يثبت أنه لم يخطىء . وهذا مادعا طائفة من الفقهاء أن يعدلوا عن فكرة الخطأ المفروض إلى فكرة الخطأ الثابت . فالمسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن حريق العين المؤجرة إنما تقوم على خطأ ثابت فى الحراسة (faute dans la garde) . والمسئولية العقدية إنما تقوم ، فى حالة الالتزام العقدى بتحقيق غاية وهى الحالة التى تعنينا ، على خطأ ثابت ، إذ أن عدم تحقيق الغاية المتعاقد عليها هى هذا الخطأ نفسه ، أياً كانت الأسباب التى أدت إلى عدم تحقيق هذه الغاية (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٨ وفقرة ٧٠٨ وفقرة ٧٣٥ – وقارن ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٥٩ وفقرة ٦١) .

الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول[١]» .

وإذا وقفنا عند مسئولية المتبوع عن تابعه ، فرأينا الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ تنص على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، ولم نر المشرع ينص على عدم جواز إثبات العكس ، فلا نتوهم أننا أمام قرينة قانونية لم ينص المشرع على عدم جواز إثبات عكسها ، فتكون قابلة لإثبات العكس . فسنرى أن مسئولية المتبوع عن التابع انما هى قاعدة موضوعية ، وليست قائمة على قرينة قانونية ، والأصل فى القواعد الموضوعية أنها لا تقبل إثبات العكس . كذلك التقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، لا حاجة فيه إلى النص على عدم جواز إثبات العكس ، لأن الأمر فيه أمر قاعدة موضوعية لا أمر قرينة قانونية[٢] . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى .

٣٣٢ — القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالاقرار واليمين:

وإذا قلنا ان القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً . ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية على ما سنرى . أما القرائن القانونية ، ولو كانت قاطعة ، فهى قواعد

---

(١) ومن النصوص التى تقيم قرائن قانونية غير قاطعة وتذكر مع ذلك جواز إثبات العكس : المادة ١٧٧ التى تنص على مسئولية حارس البناء ، والمادة ٢٣٨ التى تقيم قرائن قانونية غير قاطعة فى الدعوى البولصية ، والمادة ٢٣٩ التى تقيم قرينة قانونية غير قاطعة على إعسار المدين ، والمادة ٨١٧ التى تجعل من كون الحائط فاصلا مابين بنائين قرينة قانونية غير قاطعة على أن الحائط مشترك ، والفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ التى تجعل من صدور التصرف فى مرض الموت قرينة قانونية غير قاطعة على أن المقصود به التبرع ، والمادة ٩١٧ التى تجعل الاحتفاظ فى التصرف لأحد الورثة بحيازة العين وبالحق فى الانتفاع قرينة غير قاطعة على أن التصرف مضاف إلى مابعد الموت ، والمادة ٩٦٣ التى تجعل الحيازة المادية قرينة غير قاطعة على الحيازة القانونية ، والمادة ٩٦٤ التى تجعل الحيازة القانونية قرينة غير قاطعة على الملكية ، والمادة ٩٦٥ التى تقيم قرينة غير قاطعة على حسن النية فى الحيازة ، والمادة ٩٦٧ التى تقيم قرينة غير قاطعة على احتفاظ الحيازة بالصفة التى بدأت بها .

(٢) وسنرى ، على العكس من ذلك ، أن التقادم المسقط بسنة واحدة فى حقوق عينتها المادة ٣٧٨ إنما يقوم على قرينة قانونية قاطعة ، لا على قاعدة موضوعية .

إثبات . وأيا كانت المرتبة التي أرادها المشرع لها في القطع والحسم ، فهي لا تستعصى على أن تدحض بالإقرار واليمين ، ما دام المشرع قد شاء أن يبقيها في حظيرة قواعد الإثبات ، ولم يرق بها إلى منزلة القواعد الموضوعية . وقد نص على ذلك صراحة التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٢ ، إذ قضى بعدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية القاطعة « مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين » . وجمهرة الفقهاء في فرنسا يفسرون هذا النص بأن إثبات عكس القرينة القانونية القاطعة لا يجوز إلا عن طريق الإقرار أو اليمين [١] . وهذا الحكم يسري أيضاً في القانون المصري دون نص صريح ، وقد انعقد عليه الإجماع [٢] . ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلا من أدلة الإثبات ، بل هي لا تعدو أن تكون دليلا سلبياً إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات كما قدمنا . فاذا نقضها من تقررت لمصلحته باقراره أو يمينه ، فقد دحضها ، ولم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعفى نفسه منه .

وينبني على ذلك أن المسئول مسئولية قائمة على قرينة قانونية قاطعة — كما في المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق — لا يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة كما قدمنا ، ولكنه يستطيع دحضها باقرار يصدر من خصمه أو بيمين يوجهها إلى هذا الخصم فينكل [٣] .

وقد نصت المادة ٣٧٨ فقرة أولى من التقنين المدني على حقوق تتقادم بسنة

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ وهامش رقم ١١ — لوران ١٩ فقرة ٦٢١ — بونبيه فقرة ٧٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٨٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٥ — جنى في العلم والصياغة ٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٣ — ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٣ — فقرة ٥٥ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٦٢٣ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٣ — الأستاذ عبد الباسط جميعي في الإثبات فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ — ص ١٠٧ .

(٣) وهذا أمر لا يقع في العمل . ومن ثم يرجح ما قدمناه من أن المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن الحريق لا تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل على خطأ ثابت هو الخطأ في الحراسة . كذلك المسئولية العقدية تقوم على خطأ ثابت هو عدم تحقيق الغاية التي التزم المتعاقد بتحقيقها .

واحدة ، ثم أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه «يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ...» . وهذا يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم القصير قائماً على قرينة قانونيـة قاطعة تفيد الوفاء بالحق ، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين ، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار (١) .

٣٣٣ — ما لا يجوز دحضه بالإقرار أو اليمين ليس من القرائن القانونية بل هو من القواعد الموضوعية : على أن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة إذا كانت قائمة على اعتبارات روعيت فيها المصلحة العامة ، كحجية الأمر المقضي والتقادم ، فانه لايجوز دحضها ، حتى بالإقرار أو اليمين ، لأن هذين الطريقين لا يجوز قبولهما فيما هو معتبر من النظام العام كما قدمنا (٢) . فيبقى الحكم قرينة قاطعة على ما قضى به ، حتى لو أقر من صدر الحكم لمصلحته بأنه حكم خاطىء . ويبقى الحق مقضياً أو مكسوباً بالتقـادم ، حتى لو أقر من تم التقادم لمصلحته بأن الحق لم يقض أو لم يكسب ، وذلك فيما عدا التقادم المسقط بسنة واحدة الذى تقدم ذكره عند من يراه قائماً على قرينـة قانونية (٣) .

---

(١) وذلك سواء اعتبرنا اليمين حاسمة أو متممة ، فالنكول عنها فى كلا الاعتبارين يكون دحضاً للقرينة . قارن ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٥٥ ص ١٣١ — ص ١٣٤. أما غير ذلك من ضروب التقادم المسقط ، وكذلك التقادم المكسب ، فيقوم على قواعد موضوعية لا على قرائن قانونية كما سنرى .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٧٧ — لوران ١٩ فقرة ٦٢١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٥ ص ٣٨٤ — ص ٣٨٥ .
وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٨ .

(٣) وإذا سلمنا جدلا بأن هناك قرائن قانونية قاطعة لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، وهى القرائن المتعلقة بالنظام العام ، فانه يبقى مع ذلك ممكناً نفى هذه القرائن . ولا يكون ذلك بطبيعة الحال عن طريق إثبات العكس ، فان هذا ممنوع حتى عن طريق الإقرار واليمين . ولكن يكون ذلك عن طريق إثبات أن الواقعة التى تقوم عليها القرينة لم توجد أو لم تتوافر شروطها . فينفى من يحتج عليه بالأمر المقضى أن هناك حكماً حاز هذه الحجية ، أو يثبت أن هذا الحكم لم =

والصحيح أن القرينة القانونية القاطعة يجوز دائماً دحضها بالإقرار أو اليمين. أما الذى لا يدحض بالإقرار أو اليمين ، كحجية الأمر المقضى والتقادم ، فليس بقرينة قانونية ، بل هو قاعدة موضوعية ، تقوم ، هى أيضاً كالقرينة القانونية ، على فكرة الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) .

٣٣٤ — القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية : ذلك أنه يجب التمييز فى كثير من العناية بين القاعدة الموضوعية (règle de fond) والقرينة القانونية [١] . إذ توجد قواعد موضوعية يبنيها المشرع على الكثرة الغالبة من الأحوال فيقلبها إلى حقائق ثابتة (probabilités transférées en certitudes)، مثلها فى ذلك مثل القرائن القانونية [٢] . فبلوغ الرشد تتفاوت فيه الناس ، ولا تكون سن الرشد واحدة للجميع ، ولكن المشرع لا يسعه أن يكل تحديد هذه السن — وأهميتها فى التعامل معروفة — إلى الظروف الذاتية لكل إنسان . فوجب أن يجعل بلوغ الرشد لجميع الناس عند سن معينة — الحادية والعشرين مثلا — مراعياً فى ذلك الكثرة الغالبة من الأحوال ، متجاوزاً عن التفاوت ما بين إنسان وآخر ، حتى ينضبط التعامل ويستقر [٣] . وهذا مثل للقاعدة الموضوعية التى يبنيها المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع .

أما القرينة القانونية فقد قدمنا أنها قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية . خذ مثلا

= تتوافر فيه الشروط اللازمة . وينفى من يحتج عليه بالتقادم أن التقادم قد اكتمل ، أو يثبت أن شروطه لم تتوافر . فإذا نجح من يدعى ذلك فى إثبات ما يدعيه — وله الإثبات بجميع الطرق لأنه يثبت واقعة مادية — لم يكن بذلك قد أثبت عكس القرينة ، بل يكون قد أثبت أن القرينة ذاتها غير موجودة ، والفرق واضح بين الأمرين .

(١) ويرجع الفضل فى جلاء هذا التمييز إلى جنى فى كتابه العلم والصياغة فى القانون الخاص الجزء الثالث فى القرائن ، ثم إلى ديكوتينيس فى رسالته المعروفة فى القرائن فى القانون الخاص وهى الرسالة التى تكررت الإشارة إليها . وتبعهما بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٠ .

انظر أيضاً فى هذا التمييز الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكرر — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٢٢٧ — الأستاذ عبد الباسط جميعى فى الإثبات فقرة ١٠١ .

(٢) قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٧ مكررة .

(٣) جنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٩ .

القرينة القانونية التى تقضى بأن الوفاء بقسط الأجرة اللاحق دليل على الوفاء بالقسط السابق . هذه قاعدة وضعها المشرع ، لا فى موضوع الحق وهو الوفاء بالأجرة وما يتصل به من أحكام ، بل فى إثباته أى كيف يثبت المستأجر أنه قام بوفاء الأجرة . وقد راعى المشرع فى وضعها — هنا أيضاً — الكثرة الغالبة من الأحوال ، إذ وجد أن المؤجر لا يعطى عادة مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يستوفى الأقساط السابقة ، فجعل من الوفاء بقسط لاحق قرينة قانونية على الوفاء بقسط سابق .

٣٣٥ — كيف يكون التمييز بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية :

والذى يقارب ما بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية هو — كما قدمنا — أن كلا منهما يقوم على الكثرة الغالبة من الأحوال أو على الراجح الغالب الوقوع . ولذلك يقع اللبس بينهما كثيراً . ولكنهما يختلفان فى أمرين جوهريين :

(الأمر الأول) أن عامل الراجح الغالب الوقوع يختفى وراء القاعدة القانونية فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة (motif) من المعلول ، فمتى تقررت القاعدة توارت العلة خلفها ، ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور[1]. أما هذا العامل فى القرينة القانونية فهو نفسه موضوع (objet) القرينة ، وإنما قامت القرينة لتقريره ، فيبقى دائماً بارزاً لا يختفى وراءها[2] .

فاذا قلنا إن الإنسان يبلغ رشده فى الحادية والعشرين ، فقد دفع المشرع إلى تقرير هذه القاعدة الموضوعية أن هذا هو الذى يقع فى العادة . ولكن هذا الدافع ، أو هذه العلة ، تختفى وراء القاعدة ، وسواء وقع هذا فعلا أو لم يقع ، فالإنسان يبلغ رشده — قانوناً — فى الحادية والعشرين ، ولو بلغ — طبيعة — قبل ذلك أو بعد ذلك .

وإذا قلنا إن الوفاء بقسط لاحق دليل على الوفاء بقسط سابق ، فقد راعى المشرع فى ذلك أيضاً أن هذا هو الذى يقع فى العادة ، ولكن هذه العلة لا تختفى وراء القرينة ، بل تبقى بارزة تعمل عملها كما سيأتى .

---

(١) جنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص المرجع السابق — ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ٤٤ .

(٢) ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ٤٥ وص ٥٢ .

فالقـانون لايتقدم بالقرينة القانونية إلا مسببة (causée) ، أما القـاعدة الموضوعية فيتقدم بها مجردة (abstraite) .

(والأمر الثانى) يترتب على الأمر الأول . ذلك أن القاعدة الموضوعية لا تجوز معارضتها بالعلة فى تقريرها ، فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة . فاذا برز إنسان فى التاسعة عشرة من عمره ، ودل بتفوقه فى الذكاء والعلم أنه أرشد ممن بلغ الحـادية والعشرين ، فلا يزال هذا الإنسان قاصراً فى نظر القـانون ، مهما بلغت منزلته من التفوق . وإذا وجـد ، على العكس من ذلك ، إنسان فى الحادية والعشرين ، وقد بدت عليه علامات القصور العقلى ، فانه يعتبر بالرغم من ذلك بالغاً سن الرشد ، إلا إذا كان القصور العقلى قد وصل به إلى حد الغفلة أو العته ، فعندئذ يحجر عليه . فالقاعدة الموضوعية قد استغرقت علتها ، ولم يعد للعلة مجال للعمل .

أما القرينة القانونية فتجوز معارضتها بعلتها ، فان العلة لم تستغرقها القرينة ، بل بقيت إلى جانبها بارزة . فاذا تقدم المؤجر بدليل يثبت أنه ، بالرغم من استيفائه للقسط اللاحق ، لم يستوف القسط السابق ، سمع منه ذلك ، وانهـارت قرينة الوفاء بالقسط السابق . ذلك أن القرينة يتقدم بها المشرع مسببة بعلتها كما تقـدم القول ، وكون الوفاء بالقسط اللاحق يكون ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، بعد الوفاء بالقسط السابق لا يمنع ، فى القلة النـادرة من الأحوال ، أن يستوفى المؤجر القسط اللاحق دون أن يستوفى القسط السابق . وقد أثبت المؤجر أن حالته هذه تندرج فى القلة من الأحوال لا فى الكثرة ، ففى خصوص هذه الحالة تخلفت القرينة لتخلف علتها ، فلا يعمل بها بعد أن دحضها المؤجر(١) .

على أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن كل قاعدة موضوعية هى قاعدة إجبارية يتحتم تطبيقها ولا يجوز استبعادها ، وأن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسى . فان فى القواعد الموضوعية ما لا يفرضه المشرع فرضاً حتمياً فى كل الأحوال ، بل ينزل فيه أولا عند إرادة أصحاب الشأن . فاذا قرر المشرع — فى المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى — أن نفقات عقد البيع تكون على المشترى ، فهو

---

(١) ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ٤٤ .

قد قرر بذلك قاعدة موضوعية استغرقت علتها. ولكنه لم يرد إعمال هذه القاعدة إلا عندما لا يكون للمتعاقدين أية إرادة فى هذه المسألة . فاذا لم يكن بينهما اتفاق صريح أو ضمنى أو عرف على أن المصروفات يدفعها غير المشترى ، فالمشترى هو الذى يدفعها ، ما من ذلك بد ، ولا يجوز له أن يرفض دفعها بدعوى أن القاعدة الموضوعية التى تلزمه بها قد تخلفت علتها ، وأن حالته تندرج فى القلة من الأحوال التى لا يدفع فيها المشترى المصروفات ، ما دام لم يتفق مع البائع على ذلك . وهنا نرى أن القاعدة إنما هى قاعدة موضوعية قد استغرقت علتها[1]. لكن إذا اتفق المشترى مع البائع اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً ، أو قام عرف ، على أن البائع هو الذى يدفع المصروفات ، فالمشرع لا يفرض قاعدته على إرادة المتعاقدين ، وتخلى القاعدة مكانها للاتفاق أو العرف . وهنا نرى أن هذه القاعدة الموضوعية ليست قاعدة إجبارية (règle impérative) ، بل هى قاعدة تكميلية (règle supplétive) ، لا تهدر الإرادة لتحل محلها ، بل تملأ الفراغ الذى تتركه[2].

كذلك ليس صحيحاً أن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسى . فمن القرائن القانونية ما جعله المشرع قاطعاً لا يجوز أن يستبعد ، حتى يستقيم له غرضه من استقرار التعامل . مثل ذلك ما فعله عندما اتخذ من التقادم بسنة واحدة قرينة قاطعة على الوفاء بحقوق ذكرها فى المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى . فهنا اتخذ التقادم قرينة على الوفاء بحقوق معينة ، كما اتخذ الوفاء بالقسط اللاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق . إلا أنه جعل القرينة الأولى قاطعة ، ولم يجز إثبات عكسها . وجعل القرينة الثانية ، كما رأينا ، قرينة غير قاطعة ، وأجاز إثبات عكسها. ولكن تبقى القرينة الأولى ، ولو كانت قاطعة ، قاعدة للإثبات ، فتوافق فى ذلك القرائن غير القاطعة ، وتفارق القواعد الموضوعية . فالتقادم بسنة قرينة

---

(١) ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ٥١ .

(٢) ومن القواعد الموضوعية التكميلية (supplétives) أيضاً مانصت عليه المواد ١٠٣ (دفع العربون يفيد جواز العدول عن العقد) و ٣٠٩ (ضمان المحيل ليسار المدين) و ٣١٩ (ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه) و ٣٢٢ (عدم انتقال الدين المضمون بالرهن مع العقار المرهون إلى ذمة المشترى) و ٣٤٥ (كيفية احتساب خصم الديون عند تعددها (imputation dés paiements) و ٣٤٦ — ٣٤٨ (زمان ومكان ونفقات الوفاء بالدين) .

قاطعة على الوفاء بحق معين ، ولكن هذه القرينة لا تعدو أن تكون طريقاً للإثبات ، أو إعفاء منه على الأصح . ويترتب على ذلك أن الخصم الذى تقررت القرينة القاطعة لمصلحته إذا نزل عنها ، وقال إن الدين باق فى ذمته ، أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك ، فان إقراره هذا — الصريح أو الضمنى — يجعل القرينة تنهار ، بالرغم من أنها قاطعة . ومن ثم تكون كل القرائن القاطعة قابلة للدحض بالإقرار أو اليمين كما قدمنا (١) .

٣٣٦ — الانتقال من القاعدة الموضوعية الى القرينة القانونية ومن القرينة القانونية الى القاعدة الموضوعية رهن بارادة المشرع : والانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية ، أو من القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية ، أمر موكول إلى المشرع . فكل من القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية من صنعه. فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية ، وان شاء جعله قرينة قانونية، وفقاً لما يقدر من الاعتبارات التى تتفاوت فى القوة والضعف فتحمله على المسلك الأول أو على المسلك الثانى . وله كذلك، إن شاء، أن يهبط بقاعدة موضوعية إلى قرينة قانونية ، وأن يرتفع بقرينة قانونية إلى قاعدة موضوعية .

وقد هبط المشرع المصرى فعلا بالتقادم، وهو فى الأصل قاعدة موضوعية، إلى أن جعله قرينة قانونية فى حالة من حالاته . فعل ذلك كما قدمنا فى التقادم المسقط لحقوق معينة بسنة واحدة ، إذ أجاز دحض القرينة بالإقرار أو اليمين . ولو استبقى التقادم هنا قاعدة موضوعية، كما هو شأن سائر حالات التقادم المسقط

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى المقارنة التى عقدها جنى ما بين القرينة القانونية والحيلة (fiction). ويمكن الآن تعميم المقارنة وجعلها تنتظم القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية والحيلة . فكل من القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، ولكن هذا العامل يبقى بارزاً إلى جانب القرينة القانونية ، بينما هو يختفى وراء القاعدة القانونية . أما الحيلة فلا شأن لها بالراجح الغالب الوقوع ، بل هى لا أساس لها من الواقع ، إذ تقوم على فرض خلقه المشرع دون أن يلقى بالا هل هذا الفرض يتفق مع الواقع أو ينحرف عنه . فافتراض العلم بالقانون لا أساس له من الواقع ، وكذلك افتراض العلم بالأوراق التى أعلنت لجهة الإدارة أو لجهة النيابة العامة فيما يجيزه القانون من ذلك . وأشد هذه الثلاثة خطراً هى الحيلة لأنها لا تقوم على الواقع ، ثم القاعدة الموضوعية لأنها وهى تقوم على الواقع يختفى الواقع وراءها ، وأقلها خطراً القرينة القانونية فهى تقوم على الواقع ويبقى الواقع بارزاً إلى جانبها .

وكل حالات التقادم المكسب ، لما أجاز ذلك .

وارتفع المشرع المصرى بقرينة قانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، عندما قرر، فى المادة ٩٤٨ من التقنين المدنى، أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . فقد كان فى وسع المشرع أن يقتصر على جعل انقضاء هذه المدة قرينة قانونية قاطعة على أن الشفيع قد علم بالبيع ولم يأخذ بالشفعة فسقط حقه . ولكنه لو جعل القاعدة قرينة قانونية على هذا النحو ، لاقتضى ذلك أن يجيز للشفيع دحض هذه القرينة باقرار المشترى أو يمينه . فاذا أقر المشترى أن الشفيع لا يعلم بالبيع بالرغم من انقضاء أربعة أشهر على تسجيله ، أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك ، فان القرينة القانونية القاطعة تنهار ، إذ يدحضها الإقرار أو اليمين ، ويستبقى الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة . من أجل ذلك لم ير المشرع أن يختار هذا الطريق ، بل ارتفع بهذه القرينة إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، فاستعصت بذلك على النقض ، ولم يجز دحضها حتى بالإقرار أو اليمين . وبمجرد أن ينقضى على تسجيل البيع أربعة أشهر دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة فقد سقط حقه ، حتى لو أقر المشترى — صراحة ، أو ضمناً بأن نكل عن اليمين — أن الشفيع لم يعلم بالبيع .

والذى يحمل المشرع على الانتقال بالقاعدة من مرتبة إلى مرتبة أخرى اعتبارات يراها هو ، وتترك إلى محض تقديره كما قدمنا . فقد رأى ، فى التقادم بسنة واحدة ، نظراً لاحتمال أن المدين لم يكن قد وفى بالدين فى هذه المدة القصيرة ، أن يحكم فى ذلك ضميره . فنزل بالقاعدة إلى مرتبة القرينة القانونية القاطعة ، ليجيز دحضها بالإقرار واليمين . وكان يستطيع أن ينزل بها إلى مرتبة أدنى ، فيجعلها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز دحضها ، لا بالإقرار واليمين فحسب ، بل أيضاً بجميع الطرق التى قررها القانون (١) ورأى ، فى سقوط الشفعة بأربعة أشهر ، أن الشفعة حق غير مرغوب فيه ، وأراد أن يحسم النزاع فى شأنه ، وأن يجعل سقوطه بهذه المدة أمراً لا يحتمل الجدل . فارتفع بالقاعدة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، وجعلها بذلك لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين .

---

(١) قارن ديكوتينيس ص ١٢١ — ص ١٢٢ .

٣٣٧ — قواعد موضوعية تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية :

ويتبين من كل ذلك وجوب التمييز ما بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية . فكثيراً ما يقع الخلط بينها : تخلط القاعدة الموضوعية الإجبارية بالقرينة القانونية القاطعة ، وتخلط القاعدة الموضوعية التكميلية بالقرينة القانونية غير القاطعة (١) .

وقد أسيء فهم بعض القواعد الموضوعية ، فكيفت خطأ بأنها قرائن قانونية . وجعلت قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . ولما كانت هذه القواعد قواعد إجبارية لا يجوز دحضها حتى بالإقرار واليمين ، مع أن القرائن القاطعة يجوز دائماً دحضها بهذين الطريقين كما قدمنا ، فقد قيل فى تبرير عدم قابليتها للدحض أنها قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والصحيح أنها قواعد موضوعية إجبارية ، لا قرائن قانونية قاطعة ، وهذا وحده هو الذى يبرر أنها لا تدحض حتى بالإقرار واليمين . ومن هذه القواعد — عدا حجية الأمر المقضى والتقادم اللذين تقدم ذكرهما — الحيازة فى المنقول ، والتصرف فى مرض الموت ، ومسئولية المتبوع عن التابع (٢) .

فالحيازة فى المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمى حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يحوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية ، مالكاً له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعزعها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل فى المنقول ، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها ، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة . تارة يكتفى بقرينة قانونية غير قاطعة . وطوراً يجعل القرينة القانونية قاطعة . وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هى قاعدة موضوعية لا تقبل النقض

---

(١) ديكوتينيس ص ٤٥ — ص ٤٦ .

(٢) ونذكر منها أيضاً القواعد التى نصت عليها المواد ٤٤ إلى ٤٦ و١١٢ إلى ١١٦ (الصبى المميز والمحجور والبالغ سن الرشد) و٢٢٨ (وجود ضرر تعوض عنه الفوائد) و٢٣٦ (نيابة الدائن عن مدينه فى الدعوى غير المباشرة) و٩٣٦ (الأخذ بالشفعة لدفع أذى الجوار) .

بحال من الأحوال . هذا هو التدرج فى الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو فى كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانونى الحماية التى تناسبه . وندرك من ذلك الصلة ما بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية ، فليس بينها من حجاب كثيف ، ولكنها مراحل متدرجة فى الحماية : القرينة القانونية غير القاطعة فى المرتبة الدنيا ، ثم القرينة القانونية القاطعة فى مرتبة أعلى ، ثم القاعدة الموضوعية فى القمة من مدارج الحماية .

وكذلك قل عن التصرف الصادر فى مرض الموت إذا قصد به التبرع . وضع له المشرع ، فى الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ من التقنين المدنى ، قاعدة موضوعية تجعله تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وهى قاعدة لا تقبل النقض ، ولو كان عن طريق الإقرار أو اليمين . والمشرع ليس فى حاجة هنا إلى التصريح بعدم جواز إثبات العكس ، لأنه فى صدد قاعدة موضوعية إجبارية ، لا فى صدد قرينة قانونية قاطعة . أما مجرد صدور التصرف فى مرض الموت ، فقد جعل منه المشرع ، فى الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ ، قرينة قانونية غير قاطعة تفيد أن التصرف قصد به التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التبرع أن التصرف معاوضة .

ومسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ كما يذهب الكثيرون ، بل هى مبنية على قاعدة موضوعية . وهذه القاعدة تقضى بأن المتبوع مسئول عن التابع على أساس الضمان أو النيابة أو الحلول . فهى مسئولية عن الغير ، بل لعلها هى الحالة الوحيدة فى المسئولية عن الغير[1] . ولم يجد المشرع حاجة ، وهو فى صدد قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة ، أن ينص على عدم جواز إثبات العكس كما فعل عند ما واجه القرائن القانونية القاطعة فى مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدنى) وفى مسئولية حارس الأشياء (م ١٧٨ مدنى) .

والتقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، عدا التقادم المسقط بسنة واحدة وقد

---

(١) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٩١ — وانظر أيضاً جنى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص جزء ٣ ص ٣١٠ — ص ٣١١ — ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٦٠ ص ١٤٥ — ص ١٤٧ .

تقدم ذكره ، قاعدة قانونية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . ومن ثم لا يقبل أن يدحض ، حتى بالإقرار واليمين .

وحجية الأمر المقضى لا تستند إلى قرينة قانونية قاطعة . بل هى قاعدة موضوعية ، لا تقبل النقض ، ولو بالإقرار أو اليمين . وقد وضعها التقنين المدنى المصرى — الجديد والقديم — خطأ بين القرائن القانونية ، ونص على عدم جواز نقضها بالدليل العكسى ، فجارى فى ذلك أكثر التقنينات ، ولم يتحرر من هذا الخطأ الشائع (١) .

المطلب الثانى

القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة

(présomption relative, simple, juris vel juris tantum)

٣٣٨ — القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من الإثبات كالقرينة القانونية القاطعة : القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من تقررت القرينة لمصلحته من الإثبات : تعفيه إعفاء تاماً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه ، شأنها فى ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة (٢) .

---

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكررة ص ٢٦٦ وفقرة ١٦٨ .

(٢) ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٩٣ ص ٢٣٠ — ص ٢٣٣ .

وقد قسم ديكوتينيس القرائن القانونية غير القاطعة إلى (أ) قرائن تقوم على افتراض أولى (à priori) يضعه المشرع ليصل منه إلى تطبيق قاعدة قانونية فييسر من إعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الأصل فى الملك ألا يكون مثقلا بحق للغير ، وأن الأصل فى المتهم البراءة ، وأن الولد للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد فى الأصل أعمالا تجارية ، وأن حسن النية مفروض فى الحيازة (ب) وقرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضى والخصوم ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقتصد فيما يبذل من جهد فى الإثبات (économie de preuve) : وذلك كافتراض العلم بالتعبير عن الإرادة بمجرد وصول التعبير إلى من وجه إليه ، وافتراض الوفاء بقسط الأجرة السابق إذا أثبت المستأجر أنه دفع القسط اللاحق (ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ١٨٦ — ص ٢١١) .

مثل ذلك : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من التقنين المدنى على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . فهنا أعفى القانون الدائن من إثبات أن للالتزام الذى يطالب به المدين سبباً مشروعاً ، مع أن السبب المشروع ركن فى الالتزام ، وكان ينبغى أن يقوم الدائن باثباته . وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، بل إن الدائن — وقد أعفى من الإثبات — يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملا على وجود السبب المشروع . وإذا كان النص يقول : «ما لم يقم دليل على غير ذلك» ، فليس ذلك إلا جرياً على الأصل من أن كل دليل تمكن معارضته بدليل ينقضه . فالخصم إذا قدم دليلا كتابياً أو بينة على ما يدعيه فانه يكون قد قدم دليلا كاملا ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلا ينقض دليله . فالدليل العكسى فى القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لأصل من أصول الإثبات يقضى بمقارعة الدليل بالدليل . ومن ثم يكون جواز إثبات العكس فى القرينة غير القاطعة هو استصحاب للأصل ، وعدم جواز ذلك فى القرينة القاطعة هو خروج على الأصل فاقتضى نصاً خاصاً كما قدمنا .

ثم تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن « يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فاذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه» . فهنا أيضاً يعفى القانون الدائن من إثبات أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى ، وتقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقى هو السبب المذكور فى العقد . ولما كانت القرينة غير قاطعة ، وجب التزام الأصل ، والترخيص للخصم الآخر أن ينقض الدليل المستفاد من هذه القرينة . وقد بين المشرع طريقاً خاصاً لنقض هذا الدليل ، هو أن يثبت المدين أن السبب المذكور فى العقد إنما هو سبب صورى لا حقيقة له . عند ذلك ينهار الدليل المستفاد من القرينة القانونية المتقدمة الذكر ، ولا يصبح السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى ، ويبقى السبب الحقيقى غير ثابت ، وعلى الدائن ، وهو الذى يدعى الدين فى ذمة مدينه ، أن يثبت أحد أركان هذا الدين وهو وجود السبب المشروع[1] .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر فى سند الدين أن القيمة دفعت نقداً ونفى المدين =

وقس على ذلك سائر القرائن القانونية غير القاطعة التى نص عليها المشرع [1].

٣٣٩ — كيف يكون اثبات العكس فى القرائن القانونية غير القاطعة :

لاشك فى أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن إثبات عكسها بدليل ذى قوة مطلقة . فيمكن إثبات العكس باقرار من تقررت القرينة لمصلحته أو بنكوله عن اليمين ، وإذا كانت القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها بهذين الطريقين كما قدمنا ، فأولى بالقرينة القانونية غير القاطعة أن تدحض بهما . كذلك يمكن إثبات عكس القرينة غير القاطعة — وفى هذا تختلف عن القرينة القاطعة — بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو القرائن القضائية ، وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها جاز الإثبات بالبينة أو بالقرائن القضائية .

ولا شك أيضاً فى أن القرينة القانونية غير القاطعة إذا استخدمت فى إثبات واقعة مادية أو تصرف قانونى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فانه يمكن

= سبب الدين بالطريق القانونى ، كان على الدائن أن يقيم الدليل على ما قد يدعى أنه السبب الحقيقى للتعهد وعلى أنه سبب صحيح جائز قانوناً (نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الطاعنان لم يقدما الدليل على صورية السبب المدون فى السندات موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت فى حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدلا بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذى قدمه المطعون ضده وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضامنه ، وأن هذه القرائن لاتبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق ، فإنها لاتكون قد خالفت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدنى (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢) .

(١) وقد سبقت الإشارة إلى كثير من القرائن القانونية غير القاطعة فى التقنين المدنى المصرى (انظر المواد ٩١ و٩٧ فقرة ٢ و١٧٣ و١٧٧ فقرة ١ و٢٣٨ فقرة ١ و٢٣٩ و٨١٧ و٩١٦ فقرة ٣ و٩١٧ و٩٦٣ و٩٦٤ و٩٦٥ فقرة ٣ و٩٦٧ و٩٦٨ و٩٦٩ و٩٧٠ و٩٧١ و٩٧٦ و٩٧٨) .

وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يجعل من تسليم سند الدين أو صورته التنفيذية إلى المدين قرينة قانونية على براءة ذمة المدين . وهذه القرينة التى كانت قرينة قانونية غير قاطعة فى التقنين السابق أغفلها التقنين الجديد فنزلت إلى مرتبة القرائن القضائية . أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد ارتفعت إلى قرينة قانونية قاطعة فى شق منها (م١٢٨٢ مدنى فرنسى فيما يتعلق بتسليم سند الدين) وإلى قرينة قانونية غير قاطعة فى الشق الآخر (م ١٢٨٣ فيما يتعلق بتسليم الصورة التنفيذية) .

إثبات عكسها بالبينة أو بالقرائن القضائية ، الى جانب الطرق المتقدمة ، وذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات[1] .

ويقتصر الشك على ما إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت فى إثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فهل يجوز إثبات العكس بالبينة أو بالقرائن القضائية على خلاف ما تقضى به القواعد العامة فى الإثبات ، أو أنه يجب التزام هذه القواعد فلا يجوز إثبات العكس إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين؟ يرى بعض الفقهاء جواز إثبات العكس فى هذه الحالة بالبينة أو القرائن القضائية ، لأن القرينة القانونية لا تعدو أن تكون قرينة كسائر القرائن ، والقرينة تنقض بقرينة مثلها ولو كانت قرينة قضائية ، ومتى أمكن إثبات العكس بالقرينة القضائية جاز الإثبات أيضاً بالبينة [2] . وكنا ممن يقول بهذا الرأى [3] . ولكن

---

(١) ولما كان حسن النية واقعة مادية ، فإنه يجوز إثبات العكس ، أى سوء النية ، بجميع طرق الإثبات (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) . وإذا كانت القرينة القانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، كالمخالصة بقسط الأجرة اللاحق وهى قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، واستخدمت فى إثبات تصرف قانونى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فإنه يمكن إثبات عكس القرينة بالبينة ، وليس فى هذا إثبات لعكس المكتوب ، بل هو إثبات لعكس القرينة القانونية المستفادة من المكتوب .

وهناك قلة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه لا يجوز إثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة بقرينة قضائية (تولييه ١٠ فقرة ٦٣ — زاخاريه فقرة ٧٦٦) ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يجيزون ذلك ، عندما تكون القرينة القانونية قد استخدمت فى إثبات ما يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن القضائية (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ — ديرانتون ١٣ فقرة ٤١٢ — بونييه ٢ فقرة ٨٤١ — لارومبيير ٧ م ١٣٥٢ فقرة ٨ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٦٨ — لوران ١٩ فقرة ٦١٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٢٦١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ — ص ١٠١٣ — بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٦٤ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٧٤٥ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٩ .

وكانت المادة ٢١٩/٢٨٤ من التقنين المدنى السابق قد أقامت كما قدمنا قرينة قانونية غير قاطعة تجعل تسليم سند الدين للمدين دليلا على براءة ذمته ، ثم أجازت المادة ٢٢٠/٢٨٥ من هذا التقنين إثبات عكس هذه القرينة بالبينة فى جميع الأحوال (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧ — ١٨ دسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٩) .

(٣) الموجز فقرة ٧٠٢ .

متى تقرر أن القرينة القانونية تعفى من الإثبات ، ولو كانت غير قاطعة ، وترتب على ذلك أن من تقررت لمصلحته هذه القرينة يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملا على ما يدعيه ، كما قدمنا ، كانت النتيجة اللازمة أن الخصم الآخر أصبح هو المكلف بالإثبات ، فعليه أن يعارض الدليل بالدليل ، وعليه أن يفعل ذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات لأن القانون لم ينص على شىء يخالف هذه القواعد فى هذه المسألة . ومن ثم إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت فى اثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، لم يجز اثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين[1] . فلو أن المستأجر قدم اثباتاً للوفاء بقسط سابق من الأجرة يزيد على عشرة جنيهات القرينة القانونية المستفادة من وفائه بالقسط اللاحق ، فانه يجوز للمؤجر أن يثبت أن المستأجر ، بالرغم من أنه وفى بالقسط اللاحق ، لم يقم بوفاء القسط السابق . ولكن لما كان هذا القسط السابق يزيد على عشرة جنيهات ، ولم يكن من الممكن إثبات وفائه بالبينة أو بالقرائن ، كذلك لا يجوز إثبات عدم وفائه إلا بالطرق التى يجوز بها إثبات الوفاء[2] .

٣٤٠ — بعض القرائن القانونية غير القاطعة لا يجوز اثبات عكسها الا على نحو خاص : ويوجد فى التقنين المدنى الفرنسى قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها ، ولكن المشرع نص على أن يكون هذا الإثبات على نحو خاص . ويذكر الفقهاء الفرنسيون عادة مثلا لذلك القرينة التى تقضى بأن الولد للفراش ، وهى القرينة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٣١٢ من التقنين المدنى الفرنسى . فهذه القرينة لا يجوز إثبات عكسها إلا على النحو

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ — بودرى وبادر ٤ فقرة ٢٦٦١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ — ص ١٠١٣ — وقارب بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥ .

(٢) أما إذا أريد إثبات عكس قرينة قانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، وكان الذى يراد إثباته سبباً غير مشروع ، فيجوز إثبات ذلك بالبينة ، وفقاً للقواعد العامة (انظر نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

الذى قررته المادتان ٣١٢ و٣١٣ من التقنين المدنى الفرنسي[1]. ويذكرون أيضاً القرينة التى تقضى بأن الحائط الذى يفصل ما بين بنائين يعد مشتركاً، وهى القرينة المنصوص عليها فى المادة ٦٥٣ من التقنين المدنى الفرنسي. وهى أيضاً لايجوز إثبات عكسها إلا بطرق معينة ذكرتها المواد ٦٥٣ و٦٦٦ و٦٧٠ من هذا التقنين [2].

ويمكن أن نجد فى التقنين المدنى المصرى نظائر لهذه القرائن. نذكر من ذلك: (١) ما نصت عليه المادة ٢٣٩ من أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . ويتبين من هذا النص أن الدائن إذا أثبت أى مقدار من الديون فى ذمة مدينه، قامت قرينة قانونية على أن هذا المدين معسر، ولكنها قرينة غير قاطعة أجاز النص إثبات عكسها على نحو خاص ، بأن يثبت المدين أن عنده مالا يساوى قيمة هذه الديون أو يزيد عليها . (٢) ما نصت عليه المادة ٩٦٣ من أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة موقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة» . وهذا نص يجعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وهى قرينة غير قاطعة، جعل القانون الطريق لنقضها هو إثبات عيب فى الحصول على الحيازة المادية . (٣) ما نص عليه التقنين المدنى فى مواطن كثيرة (مثلا المادة ١٧٦ والمادة ١٧٨ والمادة ٢١٥) من أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر — وتقوم على قرينة غير قاطعة — تنقض باثبات السبب الأجنبى . (٤) ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من أنه « إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله، ويتناول ذلك المؤجر

---

(١) وفى الفقه الإسلامى توجد أيضاً قاعدة شرعية تقضى بأن الولد للفراش ، واللعان هو الطريق المقرر لنقض هذه القرينة .

(٢) أما فى التقنين المدنى المصرى (م ٨١٧) فلم يعين المشرع طرقاً معينة لإثبات العكس . انظر فى هذه القرائن فى التقنين المدنى الفرنسى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٣ وهامش رقم ١ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٦ — ويجعل أوبرى ورو هذه القرائن فى مرتبة وسطى ما بين القرائن القانونية القاطعة والقرائن القانونية غير القاطعة (انظر المرجع المتقدم) . ويدعوها ديكوتينيس بالقرائن النسبية (relatives) (ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ١٣٥ — ص ١٨٢) .

إن كان مقيما فى العقار ، هذا مالم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق » . فالمستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة مسئولية قائمة على خطأ عقدى مفروض ، يجوز نفيه باثبات أن النار ابتدأ شبوبها فى جزء يشغله أحد المستأجرين الآخرين[١] .

الفرع الثانى

حجية الأمر المقضى

(L'autorité de la chose jugée)

تمهيد

٣٤١ — مكان هذا الموضوع هو قانون المرافعات : سنرى أن حجية الأمر المقضى تكون غالباً فى صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى ، أو بعدم قبولها ، لسبق الفصل فيها . وكان هذا التكييف يقتضى أن يدرس الموضوع فى مباحث قانون المرافعات مع سائر أوجه الدفع بعدم قبول الدعوى[٢] . والدفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها أساسه على كل حال قاعدة موضوعية ، لا قرينة قانونية .

---

(١) ويمكن فى هذه المناسبة عقد مقارنة بين الورقة كدليل كتابى والقرينة القانونية من حيث جواز إثبات العكس . فالورقة العرفية يمكن إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين ، والقرينة القانونية — ما لم تكن قاطعة — يجوز أيضاً إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين بل وبالبينة والقرائن القضائية إذا استخدمت فى إثبات غير التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما قدمنا . والورقة الرسمية تشتمل على أجزاء لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق معين هو طريق الطعن بالتزوير ، ومن القرائن القانونية مالا يجوز إثبات عكسه إلا بطريق معين كذلك (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٧٠ هامش رقم ١) .

وغنى عن البيان أن تعيين القرائن القانونية ، وتحديد ما هو قاطع منها وما هو غير قاطع ، وكيف يجوز إثبات العكس ، كل هذه مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) انظر جارسونيه وسيزاربريه ٣ فقرة ٧٠٣ وما بعدها — جلاسون وتيسييه وموريل ٣ فقرة ٧٧٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٤ هامش رقم ٣ .

ولكن التقنين المدنى الجديد – وهو فى ذلك يساير التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الفرنسى والتقنينات المدنية الحديثة – خرج بحجية الأمر المقضى عن أن تكون قاعدة موضوعية[١] (règle de fond) الى جعلها قرينة قانونية[٢] (présomption légale) . وهى قرينة قانونية قاطعة ، فقد نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة .

ولما كان المشرع ، كما قدمنا ، هو الذى يمسك فى يده زمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، فيرتفع إن شاء بالقرينة القانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، ويهبط إن شاء بالقاعدة الموضوعية إلى مرتبة القرينة القانونية ، فلا بد إذن من بحث حجية الأمر المقضى متصلة بالقرائن القانونية ، نزولا على حكم القانون[٣] .

٣٤٢ – حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى : ولما كانت

---

(١) ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن هذه القرينة القانونية تستر فى الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجية النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وإلا لكان عنوان الحقيقة بالنسبة إلى الجميع . ولكن الحجية النسبية تقوم على الاعتبار الآتى : لما كان القاضى محايداً وكان الخصوم هم الذين يقدمون الأدلة ، فالحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم هم دون غيرهم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٦ ص ١٠٢٣) . انظر أيضاً بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٧ – فقرة ١٣٣٨ .

(٢) وتفيد هذه القرينة أن الحكم هو عنوان الحقيقة : Resjudicata pro veritate habetur .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبريراً لوضع حجية الأمر المقضى فى التقنين المدنى ما يأتى : « تتصل حجية الشىء المقضى به بآثار الأحكام ، ويدخل تنظيمها من هذا الوجه فى قانون المرافعات . بيد أن تقنين المرافعات المصرى قد أغفل هذا التنظيم ، فى حين عرض له التقنين المدنى المصرى فى المادة ٢٣٢/٢٩٧ . ولم تقتصر هذه المادة على إقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أى دليل لنقضها ، بل تناولت أيضاً موضوع هذه الحجية وشروطها . وهذا هو منحى التقنين الفرنسى ، والتقنين الإيطالى (م ١٣٥١) ، والتقنين الهولندى (م ١٩٥٤) والتقنين الإسبانى (م١٢٥٢) والتقنين الكندى (م ١٢٤١) والتقنين المراكشى (م٤٥١) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٠٢) . على أن التقنين البرتغالى لا يدرج حجية الشىء المقضى به فى عداد القرائن (م ٢٥٠٢—٢٥٠٥) بل يدخلها فى نطاق الأدلة الكتابية . والواقع أن حجية الشىء المقضى به تنطوى على معنى الدليل ، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رؤى إبقاء النص الخاص بها فى مشروع التقنين المدنى بين النصوص الخاصة بالقرائن القانونية على غرار ما هو متبع فى أكثر التقنينات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٠ –ص ٤٢١) .

التعبيرات الفنية فى هذا الموضوع مضطربة ، وقد أدى اضطرابها إلى وقوع كثير من اللبس ، وجب البدء فى تحرير هذه التعبيرات ، وتنقية الموضوع مما يحوطه من إبهام واضطراب .

فيجب التميز بين حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) .

فحجية الأمر المقضى معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلا وسبباً . فيكون الحكم حجة فى هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدحض ولا تتزحزح إلا بطريق من طرق الطعن فى الحكم . وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعى ، أى لكل حكم موضوعى يفصل فى خصومة ، سواء كان هذا الحكم نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً . وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول ، فإن كان غيابياً حتى يزول بالغائه فى المعارضة ، وإن كان ابتدائياً حتى يزول بالغائه فى الاستئناف ، وإن كان نهائياً حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه [1] .

وقوة الأمر المقضى مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف ، أى غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى .

ويجب التميز فى كثير من العناية بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى ، فكثيراً ما يقع الخلط بينهما فى الفقه والقضاء والتشريع [2] ، وكثيراً ما تستعمل

---

(١) ولحجية الأمر المقضى معنى آخر فى القانون الفرنسى : قابلية الحكم للتنفيذ إلى أن يطعن فيه . ذلك أن الأحكام فى القانون الفرنسى تكون قابلة للتنفيذ إلى أن يطعن فيها ، فالذى يقف تنفيذها ليس هو ميعاد الطعن بل هو الطعن ذاته (دى باج ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩٢٧ — ص ٩٣٨) . ويقول دى باج فى موضع آخر (جزء ثالث فقره ٩٤٠ ص ٩٤٢) إن الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الأمر المقضى بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فاذا ما طعن فيه فعلا ، زال المعنى الثانى — القابلية للتنفيذ — وبقى المعنى الأول ، إذ يكون حجة على الخصوم إلا أن يؤدى الطعن إلى إلغائه (انظر أيضاً فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥١ وهامش رقم ١١١ مكرر) .

(٢) ومن أسباب هذا الخلط ما يرجع إلى لغة القانون الفرنسى . فالحكم القطعى (définitif) يحوز الحجية (autorité) ، والحكم النهائى (définitif) يحوز القوة (force) ، فوقع الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعى والنهائى فى وقت واحد . أما فى لغتنا العربية =

إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى . والتقنين المدنى الجديد نفسه قد وقع فى هذا الخلط حين قال فى الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ : «الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى» وهو يقصد «حجية الأمر المقضى[١]» .

فالحكم القطعى ، نهائياً كان أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً ، تثبت له حجية الأمر المقضى كما قدمنا ، لأنه حكم قضائى فصل فى خصومة . ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضى إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف ، بأن كان فى ذاته غير قابل للطعن ، أو كان يقبل الطعن وانقضت مواعيده ، أو طعن فيه ورفض الطعن . ففى جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى ، ولو كان قابلا للطعن بطريق غير اعتيادى كما أسلفنا . أما إذا كان الحكم قابلا للمعارضة أو للاستئناف فانه لا يحوز قوة الأمر المقضى ، ولكن تكون له حجية الأمر المقضى ، وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائماً ، حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف[٢] . فاذا ألغى نتيجة للطعن ، زال وزالت معه حجيته . أما إذا تأيد ، ولم يعد قابلا لا للمعارضة ولا للاستئناف ، بقيت له حجية الأمر المقضى وانضافت لها قوة الأمر المقضى . ومن ثم يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضى يكون حتما حائزاً لحجية الأمر المقضى ، والعكس غير صحيح . ويتبين كذلك أن الحكم القطعى فى أدنى مراتبه — وهى مرتبة الحكم الابتدائى الغيابى — يكون : (أولا) له حجية الأمر المقضى ، ولا تزول هذه الحجية إلا بالغاء الحكم عن طريق الطعن فيه . (ثانياً) ليست له قوة الأمر المقضى ، إلى أن يصبح نهائياً (passé en force de chose jugée) ،

= فيسهل التمييز بين الحكم القطعى ويحوز الحجية دون القوة ، والحكم النهائى ويحوز الحجية والقوة معاً .

(١) وكثيراً ما توهم لغة الأحكام القضائية أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى إلا إذا أصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى : انظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٣ — ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٦ .

(٢) ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣ (وهو يوقف حجية الحكم بمجرد الطعن فيه ، فإذا ما قبل الطعن زالت الحجية نهائياً) .

فيحوز هذه القوة بالإضافة إلى الحجية . (ثالثاً) على أن الحكم ، حتى إذا وصل إلى هذه المرتبة من القوة ، يبقى ، بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضى ولقوة الأمر المقضى ، معرضاً للإلغاء عن طريق طعن غير اعتيادى . فاذا لم يلغ ، أو فات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للطعن فيه بطريق غير اعتيادى ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال (١)و(٢) .

---

(١) ويذهب رأى إلى أن الحكم ، حتى فى هذه المرتبة القصوى من الحجية والقوة ، يجوز إلغاؤه بدعوى بطلان (action en nullité) إذا ثبت أن الخصم قد حصل عليه بطريق الغش ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التى تقضى بأن الغش يفسد العمل (fraus omnia corrumpit) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٧ هامش رقم ٢ وقد أشير إلى حكمين من محكمة النقض الفرنسية : ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ —١— ١٧ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ ، وإلى حكم من محكمة الاستئناف المختلطة : ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١) . انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص٢٨٧ هامش رقم ٣— أما القضاء المختلط الذى أشار إليه بلانيول وريبير وجابولد فيما قدمنا ، فبعض أحكامه تجيز إلغاء الحكم المشوب بالغش عن طريق دعوى بطلان أصلية : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٦—٢٢ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٢—١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١ وهو الحكم الذى أشير إليه — ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٩ . وأحكام أخرى لا تجيز الطعن فى الحكم عن طريق دعوى بطلان أصلية حتى لو كان هذا الحكم مشوباً بالغش ، فلا يطعن فى الحكم إلا بطرق الطعن التى قررها القانون لا بدعوى البطلان ، وإذا كانت طرق الطعن هذه قد استنفدت جميعها ، لم يبق للخصم إلا أن يرفع دعوى تعويض مبتدأة عن الضرر الذى لحق به بسبب الغش : استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٨٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٧ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٥٣ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧٩ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص ٢٢٨ .

(٢) وإلى جانب حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) يوجد قوة الحكم فى الإثبات (force probante du jugement) : فالحكم بما يشتمل عليه من وقائع (qualités) وأسباب (motifs) ومنطوق (dispositif) وثيقة رسمية لا تقل فى قوة الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى . وهو فى هذا المعنى حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . فما دونه القاضى من الوقائع على أنه وقع تحت سمعه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وما دونه رواية عن الغير يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت=

٣٤٣ — الدفع بحجية الأمر المقضى والتمسك بحجية الأمر المقضى : والذى نقف عنده هو حجية الأمر المقضى ، فهو وحده الذى يعنينا هنا (١) .

فللحكم حجيـة على الخصوم تمنع من طرح النزاع بينهم من جـديد . ومتى صـدر حكم ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيابياً ، وجب على الخصوم احترامه ، فلا يجوز لأحد منهم أن يجدد النزاع بدعوى مبتدأة . ولو رفعت هذه الدعوى لم يجز قبولها ، بل تدفع بحجية الأمر المقضى ، ويطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها . ولـكن حجية الأمر المقضى لا تمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة ، سواء كانت طرقاً عادية أو طرقاً غير عادية . وعند ذلك يطرح النزاع

= عكسه ، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق ، لأن صاحب الشأن لم يشترك فى تحرير الحكم فهو من الغير . وأسباب الحكم بعضها يتصل اتصالا وثيقاً بالمنطوق على ما سنرى فيعتبر جزءاً منه ، وبعضها يبقى منفصلا عن المنطوق ويعتبر من بين أدلة الإثبات التى يقدر القاضى دلالتها وقوتها كما يقدر أى دليل آخر . أما منطوق الحكم فهو أيضاً حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . ولكن لغير الخصوم ، ممن يسرى فى حقهم الحكم ، دحض هذه الحجية بإثبات عكسها ، إما عن طريق دعوى مبتدأة ، وإما عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) .

ويتبين مما تقدم أنه يجوز لمحكمة الاستئناف ، وهى تؤيد الحكم الابتدائى ، أن تحيل على ما جاء فيه ، وأن تتخذ من أسبابه أسباباً لحكمها باعتبار أن هذه الأسباب أدلة إثبات اقتنعت بها محكمة الاستئناف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٣ ص ١٠١٦ هامش رقم ٣ — وقد أشير إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى : ١٤ يونيه سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ — ٣٣٠) . وقضت محكمة النقض فى مصر بأن لمحكمة الاستئناف ، إذ هى تؤيد الحكم الابتدائى ، أن تحيل على ما جاء فيه ، سواء فى بيان وقائع الدعوى أو فى الأسباب التى أقيم عليها متى كانت تكفى لحمله . وإذن فمتى كان الحكم الاستئنافى ، إذ أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنين وأحال على أسباب هذا الحكم الأخير ، قد استند إلى أن الطاعنين لم يثيروا فى استئنافهم جديداً يسوغ العدول عن الحكم الابتدائى ، وكانت هذه الأسباب قد تضمنت بياناً كافياً لوقائع الدعوى ، وكان من شأن هذه الأسباب أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وكان دفاع الطاعنين أمام المحكمة الاستئنافية لا يخرج فى جوهره عنه أمام المحكمة الابتدائية ، وكانوا لم يقدموا صورة رسمية من صحيفة استئنافهم لتأييد ما يدعون من أنهم استندوا إلى أسباب جديدة لم يسبق عرضها على محكمة الدرجة الأولى ، مما يعتبر معه حجة غير منقوضة ما قالت محكمة الاستئناف من أنهم لم يثيروا جديداً فى استئنافهم ، فإن الطعن فى الحكم الاستئنافى لقصوره يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤) .

(١) وبالمعنى الأول ، أى أن يكون الحكم حجة على الخصوم ، لا بالمعنى الثانى وهو قابلية الحكم للتنفيذ .

من جديد أمام القضاء ، المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم أو محكمة أعلى ، فتؤيد الحكم أو تلغيه . ولكنها في الحالتين لا تكون قد أصدرت حكماً قائماً إلى جانب الحكم الأول ، فهي إذا أيدته بقي الحكم واحداً ، وإذا ألغته زال الحكم الأول وبقي الحكم الثاني وحده . فالذي لايجوز ، بمقتضى حجية الأمر المقضي ، هو رفع دعوى مبتدأة بالخصومة ذاتها ، أو رفع دعوى ببطلان الحكم الذي ثبتت له الحجية[1]. بل إنه لايجوز ، بعد أن تدفع الدعوى الجديدة بحجية الأمر المقضي ، أن يطلب المدعي استجواب خصمه للحصول منه على إقرار بأن الحكم الذي صدر في الدعوى الأولى غير صحيح ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة ليحلف على أن هذا الحكم صحيح فيما يعلم ، فالحكم عنوان الحقيقة ، ولا تدحض حجيته حتى بالإقرار أو اليمين [2] .

وقد أخذ الفقه أخيراً يميز ، في حجية الأمر المقضي ، بين الدفع بهذه الحجية وبين التمسك بها . فهذان شيئان منفصلان . الأول هو ، كما رأينا ، دفع موضوعي يهدف إلى عدم قبول الدعوى الجديدة ، والمدعى عليه هو الذي يدفع به هذه الدعوى . أما الثاني فليس بدفع ، بل هي حجية الأمر المقضي ذاتها يتمسك بها المدعي في دعوى يقيمها هو . فقد يكون مجنياً عليه في جريمة وصدر حكم جنائي بادانة المتهم ، فيتمسك في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه بحجية الحكم الجنائي فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً (م ٤٠٦ مدني) . وقد يستصدر حكماً من المحكمة الشرعية بثبوت نسبه من المورث في مواجهة الورثة ، ثم يرفع على هؤلاء الورثة دعوى استحقاق لنصيبه في الإرث ، يتمسك فيها بحجية الحكم الصادر من المحكمة الشرعية . ففي الحالتين يتمسك بحجية الأمر المقضي كمدع — ولا يدفع بها كمدعى عليه — أمام المحكمة المدنية . غير أنه في الحالة الأولى يتمسك بحجية الأمر المقضي في حكم

---

(١) أما إذا كان الحكم قد شابه الغش فهناك قول بجواز رفع دعوى البطلان ، وقد سبق أن أشرنا إلى اختلاف أحكام القضاء المختلط في هذه المسألة .

(٢) ويقول دي باج إنه لا يصح الغلو في إبراز أهمية عدم جواز دحض حجية الأمر المقضي بالإقرار واليمين ، فالأمر في ذلك لا يعدو أن يكون مألوفاً ، إذ اليمين هنا لا يجوز توجيهها لمن صدر الحكم لمصلحته ، فإنه لا يستطيع أن يحلف على صحة الحكم وهو أمر لا يتعلق بشخصه بل يتعلق بالقاضي ، أما بالنسبة إلى الإقرار فيصعب أن نتصور المحكوم له يقر بعدم صحة الحكم الصادر لمصلحته (دي باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٦) .

صدر من محكمة جنائية ، وفى الحالة الثانية يتمسك بهذه الحجية فى حكم صدر من محكمة شرعية . ويجوز أن يتمسك بهذه الحجية أمام المحكمة المدنية فى حكم صدر من محكمة مدنية أخرى . ويتحقق ذلك فى الفرض الآتى : يحصل المستأجر على حكم بصحة عقد الإيجار فى مواجهة المؤجر ، وقبل أن يتسلم العين المؤجرة يبيعها المؤجر من آخر ، فيرفع المستأجر دعوى على المشترى يطالبه فيها بتسليمه العين ، ويتمسك فى هذه الدعوى بحجية الحكم الصادر بصحة عقد الإيجار فى الدعوى السابقة (١) .

وقد قيل ، إمعاناً فى التمييز بين التمسك بحجية الأمر المقضى والدفع بهذه الحجية ، ان لكل منهما شروطاً تتميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها فى الحكم لتثبت له الحجية ، وسنذكرها فيما يلى ، هى شروط التمسك بحجية الأمر المقضى . أما شروط الدفع فهى الشروط الواجب توافرها فى الخصوم والمحل والسبب ، التى سيرد ذكرها تفصيلا . وقيل أيضاً ان هناك أحكاما يمكن فيها التمسك بالحجية دون الدفع ، وهى الأحكام التى يقتصر فيها القاضى على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون إصدار أمر إلى الخصوم ، كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد . وعلى العكس من ذلك هناك أحكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجية ، وهى الأحكام التى يقتصر فيها القاضى على إصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئاً من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين خبير أو بالإحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة (٢) .

على أننا لا نرى الإغراق فى التمييز ما بين الدفع بحجية الأمر المقضى والتمسك بهذه الحجية . فهما وجهان متقابلان لشىء واحد . وحجية الأمر المقضى قد يتمسك بها المدعى كما رأينا فى الأمثلة المتقدمة ، وقد يتمسك بها المدعى عليه كدفع يطلب فيه عدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها وهذا ما يقع فى

---

(١) انظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٦ : ويقولان ان الدفع بحجية الأمر المقضى سبق فى الظهور التمسك بحجية الأمر المقضى .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٦٦ ص ٢٧٩ وفقرة ١٧٣ ص ٢٩٥ .

الغالب . وفى الحالتين تبقى حجية الأمر المقضى شيئاً واحداً، له شروط واحدة ، دفعاً كان أو غير دفع[1] .

٣٤٤ — الأساس الذى تقوم عليه حجية الأمر المقضى : تقوم حجية الأمر المقضى ، دفعاً كانت أو غير دفع ، كما صورها المشرع فى التقنين المدنى المصرى ، على أساس قرينة قانونية قاطعة ، ما فى ذلك من شك . فقد جاء نص المشرع صريحاً فى هذا المعنى ، إذ يقرر أن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة» . فالمشرع يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة (Res judicata pro veritate habetur) . قد تنحرف الحقيقة القضائية ، فى القلة النادرة من الأحوال ، عن الحقيقة الواقعة ، ولكنها فى الكثرة الغالبة من الأحوال تطابقها . فتقوم القرينة إذن — ككل قرينة قانونية أخرى — على الراجح الغالب الوقوع . ووجب أن تكون هذه القرينة قاطعة لا يجوز دحضها ، بصريح النص ، لاعتبارين أساسيين :

(الاعتبار الأول) أن الحكم متى فصل فى خصومة كان لا بد من الوقوف عنده ، لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات . فلا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع على القضاء بدعوى مبتدأة . ولو سمح القانون بذلك لما أمكن أن يقف عند حد . إذ يصبح لكل من الخصمين أن يجدد النزاع مرة بعد أخرى : هذا يحصل على حكم لمصلحته ، ثم يعيد خصمه طرح النزاع بدعوى جديدة وقد يحصل هو الآخر على حكم لمصلحته ، ثم يعود الخصم الأول إلى تجديد النزاع فيحصل على حكم ثالث ، وهكذا . فتتأبد الخصومات والمنازعات ، وليس هذا من مصلحة الناس فى شىء .

(الاعتبار الثانى) أنه إذا سمح القانون بتجديد النزاع بدعاوى مبتدأة ، لجاز

---

(١) انظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٦ — وقارن التمييز بين حجية الأحكام أو قوتها فى الإثبات بوجه عام وبين أثر الأحكام الملزم أو الدفع بسبق الفصل عند الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٦٦ — فقرة ١٧٢ .

لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذى حصل عليه الخصم الآخر . فتقوم أحكام متعارضة فى ذات النزاع وبين نفس الخصوم . ولاشك فى أن هذا التعارض يجعل من المتعذر تنفيذ الأحكام القضائية ، إذ لا يعرف على وجه اليقين من من الخصمين صاحب الحق ، فكل منهما قد قضى لصالحه . هذا إلى أن التعارض ما بين الأحكام من شأنه أن يغض من كرامة القضاء ، وأن يفقده احترامه فى النفوس(١) .

والصحيح أن حجية الأمر المقضى ، كما قدمنا ، قاعدة موضوعية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقوام حجية الشىء المقضى به هو مايفرضه القانون من صحة مطلقة فى حكومة القاضى . فهذه الحجية تفترض تنازعاً بين المصالح يستتبع الترافع إلى القضاء ، وليس شك فى أن صحة الحكومة لاتعتبر حتما تقتضيه طبيعة الأشياء . ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة ، شأنهم فى هذه الناحية شأن البشر كافة . بيد أن المشرع أطلق قرينة الصحة فى حكومة القاضى رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأبيد الخصومات . فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشىء المقضى به ، وقد نصت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدنى (السابق) صراحة على أن « الأحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات مايخالفها » . ويرمى الشارع من وراء تقرير حجية الشىء المقضى به إلى كفالة حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية . فحكومة القضاء يجب أن تضع حداً لكل نزاع مادامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بإزائها ، ويجب كذلك أن تكون بمأمن من التعارض مع حكومة لاحقة ، وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيح عود الخصوم أنفسهم إلى عين الدعوى التى قضى فيها نهائياً . وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشىء المقضى به فى تخويل الخصوم حق « الدفع بسبق الفصل » وتخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها (وهذا عكس ما تقرر فى المشروع التمهيدى) . ويراعى أن هذا الدفع يعتبر دفعاً قطعياً بعدم القبول ، يترتب عليه امتناع التقاضى بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتحد مع ماسبق الفصل فيه سبباً وموضوعاً . وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم الترافع إلى القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢١ – ص ٤٢٢) .

هذا ويلاحظ أن المشروع الأولى للإثبات — الذى تكررت الإشارة إليه — كان يتضمن نصاً (المادة ٢٩ من هذا المشروع) يقضى بأن حجية الأمر المقضى من النظام العام . وقد برز أثر هذا النص فى المذكرة الإيضاحية حيث تقول : « وتخويل المحاكم حق اثارته من تلقاء نفسها » . ولكن المشروع التمهيدى أخذ بوجهة النظر العكسية ، وقرر أنه « لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها » . وبالرغم من ذلك لم تعدل المذكرة الإيضاحية التعديل الذى يساير ما أخذ به المشروع التمهيدى (انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٩٣ هامش رقم ١ وص ٢٩٩ هامش رقم ٢) .

(règle de fond) العلة فيها قد اختفت، ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية . وهى ، ككل قاعدة موضوعية أخرى ، قد استغرقت علتها ، ولم يعد للعلة محل للعمل معها . فالمشرع ، عندما يقرر حجية الأمر المقضى ، يقرر — كما يقرر فى أية قاعدة موضوعيـة — أن الحقيقة التى قررها الحكم هى الحقيقة الواقعة ، مافى ذلك من معدى ولا من مناص ، كما يقرر أن حائز المنقول مالك له ، وأن من حاز عقاراً مدة معينة يكون هو المـالك ، وما إلى ذلك من القواعد الموضوعية التى سبقت الإشارة إليها . والذى يقطع فى أن حجية الأمر المقضى ينبغى أن تـكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونيـة ، أن هذه الحجية لا تدحض ، كما رأينا ، لا بالإقرار ولا باليمين[١] . وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية ، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً ، كما قدمنا ، بالإقرار واليمين[٢] .

ومهما يكن من أمر ، فالمشرع هو الذى يمسك بزمام القواعد الموضوعيـة والقرائن القانونية ، كما سبق القول ، وقد رأى أن يجعل من حجية الأمر المقضى قرينة قانونية ، فلابد من التسليم بهذا التـكييف ، وقد مضت الإشارة إلى ذلك[٣] .

---

(١) وحتى لو سايرنا الرأى الذى يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة لا يجوز دحضها بالإقرار واليمين إذا كانت متعلقة بالنظام العام ، فإن حجية الأمر المقضى لا تعتبر من النظام العام ، كما هو مقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ ، فكان الواجب إذن جواز دحضها بالإقرار واليمين لو أنها كانت قرينة قانونية . وسنرى فيما يلى أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام فى المسائل المدنية .

(٢) بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٣٧ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Chose jugée فقرة ٢ — ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٤٩ ص ١١٠ — ص ١١٦ (ويبحث بنوع خاص أهمية القول بأن حجية الأمر المقضى قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية من ناحية تنفيذ الأحكام الأجنبية) .

(٣) هذا ولا يجهل الفقه الإسلامى مبدأ حجية الأمر المقضى . جاء فى الأشباه والنظائر (ص ١٢٦ — ص ١٢٧) : « لا يصح رجوع القاضى عن قضائه ، فلو قال رجعت عن قضائى ، أو وقعت فى تلبيس الشهود ، أو أبطلت حكمى ، لم يصح ، والقضاء ماض ، كما فى الخانية . وقيده فى الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة ، وفى الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة » . وجاء أيضاً فى الأشباه والنظائر فى مكان آخر (ص ١١٩) : « المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه ولا بينته ، إلا إذا ادعى تلقى الملك من المدعى أو النتاج أو برهن =

٣٤٥ — حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام فى المسائل المدنية : قد يبدو لأول وهلة ، بعد أن استعرضنا الاعتبارين الأساسيين اللذين تقوم عليهما حجية الأمر المقضى ، أن هذه الحجية هى من النظام العام ، فوضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز قيام أحكام متعارضة مما يغض من كرامة القضاء ، كل هذه اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

ولو قلنا إن حجية الأمر المقضى هى من النظام العام لترتب على ذلك أن الخصوم لا يملكون النزول عن التمسك بها ، وأنه يجوز للقاضى إثارة هذه الحجية من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الخصوم ، بل ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض . أما إذا لم تتعلق حجية الأمر المقضى بالنظام العام ، فان عكس هذه النتائج هو الذى يترتب : فيجوز للخصوم النزول عنها ، ولا يجوز للقاضى إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم تتمسك بها الخصوم ، ولا يجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

هناك مسألة انعقد عليها الإجماع ، هى أن حجية الأمر المقضى تعتبر من

= على إبطال القضاء ، كما ذكره العمادى ، والدفع بعد القضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القضاء . فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده ، لكن بهذه الثلاث » . وانظر فى أن قضاء القاضى لا ينقض برجوع الشاهد عن شهادته بعد القضاء ، حتى قبل الإمضاء (أى تنفيذ الحكم) ، إلا فى القصاص والحدود لأنها تدرأ بالشبهات ، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم فى طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٤٠٤ — ص ٤٠٧ .

ولكن يرد على مبدأ حجية الأمر المقضى فى الفقه الإسلامى استثناءات بلغت من الكثرة حداً جعل الفكرة السائدة أن الفقه الإسلامى لا يقر المبدأ ذاته . ويذكر الأستاذ موران (Morand) فى كتابه « دراسات فى الفقه الإسلامى الجزائرى ص ٣٣٧ — ص ٣٥٧) أن الفقه الإسلامى يقر مبدأ حجية الأمر المقضى ، وأن القول بغير ذلك سببه كثرة الاستثناءات التى ترد على هذا المبدأ ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر فى الفقه الحديث على ما سنرى . فلو صدر حكم فى قضية ، وعاد المحكوم عليه إلى رفعها من جديد ، ولم يتمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضى ، أعاد القاضى النظر فى القضية لأنه لا يستطيع أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه . أما إذا تمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضى ، فإنه يجب على القاضى أن يجيبه إلى طلبه : ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التى ترد على المبدأ ليست فى الواقع إلا وجوهاً للطعن فى الحكم تقابل وجوه الطعن المعترف بها فى القوانين الحديثة (انظر أيضاً فى هذه المسألة رسالة مارنير (Marneur) فى نظرية الإثبات فى الفقه الإسلامى ص ٣١١ — ص ٣٢٣) .

النظام العام فى المسائل الجنائية [١] ، أى فى حكم يصدر من محكمة جنائية ويحتج به أمام محكمة جنائية . والعلة فى ذلك ظاهرة . فان الحكم الذى يصدر فى جريمة بالإدانة أو بالبراءة يعنى النظام العام فى المقام الأول ، ولا يجوز أن يترك أمر هذا الحكم للخصوم يتصرفون فيه كما يشاءون . بل متى صدر الحكم الجنائى وجب أن تكون له حجية مطلقة، لا بالنسبة إلى الخصوم فحسب ، بل أيضا فى حق الكافة (erga omnes) . ذلك أن المتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع العليا ، فالمجتمع ممثل دائما فى المحاكم الجنائية . ولهذه المحاكم سلطة واسعة فى تحرى الحقائق ، فما تكشفه منها يكون أقرب إلى الصدق ، وهو حجة على المحاكم المدنية والجنائية ، بل هو حجة على الناس جميعاً [٢] . ومن ثم كان للقاضى فى الدعوى الجنائية أن يثير من تلقاء نفسه حجية الأمر المقضى ولو لم تتمسك بها الخصوم ، ويجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض [٣] ، ولا يجوز لهم النزول عنها .

أما فى الدعوى المدنية ، ولو كانت تنظر أمام المحاكم الجنائية ، فيكاد الإجماع ينعقد على أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام [٤] . بل هى لا تعدو أن

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٨ .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٣ .

(٤) قلنا يكاد ، لأن هناك رأياً مرجوحاً يعتبر حجية الأمر المقضى من النظام العام فى الدعاوى المدنية ، فيجوز للقاضى إثارتها من تلقاء نفسه ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يجوز النزول عنها (استئناف أهلى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — محكمة الزقازيق الجزئية ٢٠ مايو سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٣ ص ٤٠٩ — استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢) .

على أن التسليم بأن حجية الأمر المقضى قرينة لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا يجعل القول بأن هذه القرينة ليست من النظام العام مستقيماً من الناحية الفقهية . فالقرائن التى لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا بد أن تكون من النظام العام . ومن ثم اضطرب الأمر وتضاربت الآراء فى تعليل هذا التعارض .

فرأى يذهب إلى أن حجية الأمر المقضى ، بالرغم من أنها شرعت لمصلحة عامة من الناحية الاجتماعية (intérêt général d'ordre social) ، إلا أنها لا تتعلق بالنظام العام (ordre public) إلا من ناحية عدم جواز دحضها بالإقرار واليمين (دى باج ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤— =

تكون دليلا على الحق، والخصم يملك الحق نفسه، ويملك النزول عنه، ويستطيع أن يتفق مع خصمه على الطرق التي تتبع لإثباته كما قدمنا. فيجوز إذن للخصم أن ينزل عن حجية الأمر المقضى[1]، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه

= ص ٩٤٦ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٧ — ص ٤٥٨ — لوران ٢٠ فقرة ١٣٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٥ — ص ١٠١٦ — جارسونيه وسيزاربرى ٣ فقرة ٧٠٣ وهامش رقم ٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٤).

ورأى آخر يذهب إلى أن حجية الأمر المقضى من حيث إنها قرينة قانونية تعتبر من النظام العام فلا تدحض حتى بالإقرار أو اليمين، ومن حيث إنها دفع لا تعتبر من النظام العام فلا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها. وكنا من القائلين بهذا الرأى فى الموجز (ص ٧٣١ هامش رقم ٢ — ويذهب الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٧٣١ — فقرة ٧٣٢ إلى أن حق الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه مبنى على النظام العام، إلا أن الدفع ذاته ليس من النظام العام). ويؤخذ على هذا الرأى أنه ما دام الدفع مترتباً على القرينة، وما دامت القرينة من النظام العام، فكان الواجب أن يكون الدفع هو أيضاً من النظام العام.

والذى يزيل التعارض فى نظرنا هو أن حجية الأمر المقضى، كما مضى القول، قاعدة موضوعية (règle de fond). لا قرينة قانونية من قواعد الإثبات (règle de preuve). وهى فى الوقت ذاته قاعدة ليست من النظام العام، لأنها إنما تعنى بمصالح الإفراد الخاصة ولا تتعلق بمصلحة المجتمع العليا. فهى كقاعدة موضوعية لا تدحض بالإقرار أو اليمين، وهى كقاعدة ليست من النظام العام لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها. ثم هى دفع موضوعى لا دفع شكلى، ومن ثم جاز إبداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (لا أمام محكمة النقض)، ولو كان الدفع شكلياً لسقط حق التمسك به إذا لم يبد قبل الدخول فى الموضوع (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٧).

(١) صراحة أو ضمناً، ومتى نزل الخصم عنها فلا يجوز له الرجوع فيما نزل. وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل البات عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه لا يجوز الرجوع فيه، إذ أن هذا الدفع ليس من النظام العام، ولا هو وسيلة من وسائل الدفاع يتركها صاحبها بمشيئته، بل هو حق من الحقوق الخاصة إن شاء صاحبه استمسك به أو شاء عدل عنه. وليس للقاضي أن يقضى به من تلقاء نفسه. فإذا ما تنازل عنه صاحبه فلا سبيل له للرجوع إليه، لأن التنازل عن الحق هو عمل فردى ملزم لصاحبه بدون حاجة إلى قبول يصدر من الآخر. وإذا استنبطت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارة صدرت منه صالحة لإفادة هذا التنازل، فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢). انظر أيضاً محكمة الفشن ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٠).

إذا لم يتمسك بها الخصم[1] ، ولايجوز للخصم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض[2] ، وإن كان يجوز له التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الأحكام يجب لاعتبارها أن يتمسك بها ذوو الشأن . فإذا كان الثابت بالحكم أن النزاع فى صحة عقد الإيجار قد أثير أمام المحكمة ، فكان ردها فى خصوصه رداً موضوعياً مبنياً على أن العقد صحيح ملزم ، دون أية إشارة إلى حصول تمسك من الخصوم بحجية حكم سابق قضى بصحة هذا العقد ، فان استناد المطعون عليه إلى هذا الحكم السابق فى طلب إبرام الحكم المطعون فيه لا يكون له محل (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى هامش ص ٣٥٦) . انظر أيضاً : استئناف أهلى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — طنطا ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ ص ١٢ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٧ — ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢ .

(٢) نقض جنائى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ٦٩٠ . نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ (وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) — انظر أيضا بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٦ هامش رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن المادة ٤٠٦ من تقنين المرافعات تنص على أن « للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى — أياً كانت المحكمة التى أصدرته — فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به (passé en force de chose jugée) ، سواء أدفع بهذا الدفع أم لم يدفع » — وليس هذا معناه أنه يجوز التمسك بالدفع لأول مرة أمام محكمة النقض . بل إن هذا وجه خاص للطعن بالنقض ، يختلف عن إمكان إبداء الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض فيما يأتى : (ا) للتمسك بهذا الوجه يجب صدور حكم سابق حائز لقوة الشىء المحكوم فيه ، أى حكم نهائى . ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض ، لكان يكفى أن يكون هناك حكم قطعى حائز لحجية الأمر المقضى ولو لم يكن حكماً نهائياً. (ب) فى الحكم النهائى المطعون فيه أمام محكمة النقض بهذا الوجه الخاص لم يكن يجوز لامحكمة أول درجة ولا لمحكمة الاستئناف أن تثير الدفع من تلقاء نفسها ، ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض لكان من النظام للعام ، ولجاز لمحكمتى الموضوع أن تثيراه ولو لم يتمسك به الخصوم . انظر فى هذا الوجه الخاص من الطعن : نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٦ ص ١٢٦ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٨ ص ٢٥٢ — ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٨ ص ٧٤٩ — ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٧ ص ١٠٤٢ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠ ص ٧٦ — ١١ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧١ ص ١٩٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٥ ص ٥٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٧٥ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤ ص ٩١ = ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٢ ص ٤٢١ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة =

محكمة الموضوع فى الدرجة الابتدائية وفى الدرجة الاستئنافية (١) . وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى ، تأييداً لهذا الحكم ، بأنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بحجية الأمر المقضى من تلقاء نفسها(٢) .

٣٤٦ — حجية الأمر المقضى لا تمنع من تفسير الحكم ولا من تصحيحه :

ولا تمنع حجية الأمر المقضى من تفسير الحكم الذى ثبتت له هذه الحجية ، وفقاً للأوضاع المقررة فى تقنين المرافعات (م ٣٦٦ — ٣٦٧) ؛ ولا من الفصل فيما عسى أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيه من بعض الطلبات الموضوعية (م ٣٦٨ مرافعات) ، ولا من تصحيح ما عسى أن يكون قد وقع فى الحكم من أخطاء مادية بحتة ، كتابية كانت أو حسابية ، بشرط ألا يتخذ التصحيح ذريعة لإعادة النظر فى موضوع الحكم(٣) .

= أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٧ ص ٣٩٦ .

ويلاحظ أن هذا الوجه الخاص من وجوه النقض يقابله فى فرنسا وجه مماثل ، ولكنه يفتح باب التماس إعادة النظر لا باب النقض ، بشرط أن يكون الحكمان المتعارضان قد صدرا من محكمة واحدة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف أهلى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين ، ويلاحظ أنهما يزيدان أن الدفع يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما قدمنا ، وهذا خطأ لأن الدفع ليس من النظام العام) — جرجا ٧ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٠٩ — طنطا الجزئية ١٦ ابريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٢ — ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٨ — أنظر أيضاً : نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ — ٥٣٤ — وقارن حكم محكمة القضاء الإدارى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٢ رقم ٤٢ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع الأولى للإثبات كان يقضى فى المادة ٢٩ منه بأن حجية الأمر المقضى من النظام العام ، وأن هذا كان له أثره فى المذكرة الإيضاحية (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣) حيث تذكر فى أكثر من موضع أن هذه الحجية من النظام العام . ولم تعدل المذكرة لتساير النص بعد تعديله ، وقد سبق التنبيه إلى ذلك .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٣ — ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٧ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ — ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ — ١٨ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٠ — ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣=

٣٤٧ — الصور المختلفة لحجية الأمر المقضى : ولحجية الأمر المقضى صور مختلفة . فقد يحتج بحكم جنائى أمام محكمة جنائية ، وهذا لاشأن لنا به وهو من مباحث القانون الجنائى . والذى يعنينا هو أن يحتج بالحكم أمام محكمة مدنية ، سواء صدر هذا الحكم من محكمة مدنية(١) أو من محكمة جنائية .

أما الاحتجاج بالحكم الصادر من محكمة جنائية أمام محكمة مدنيـة — وهو ما عرضت له المـادة ٤٠٦ من التقنين المدنى إذ تنص على أنه « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصـل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » — فقد مضى القول فيه فى الجزء الأول من الوسيط(٢) .

فلا يبقى إلا الاحتجاج بحكم صادر من محكمة مدنية أمام محكمة مدنية . وهذا الذى نقتصر عليه فى بحثنا هنا .

٣٤٨ — النصوص القانونية : وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تـكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولايجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولـكن لا تـكون لتلك

= ص ١٥٢ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٠ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ — ٧ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٨ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ — ٣ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤٨ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٣ — ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٤ .

ولما كانت حجية الأمر المقضى تغنى عن الدخول فى موضوع الدعوى ، لذلك يجب البت فى هذا الدفع قبل البت فى الموضوع ذاته (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠). وإذا كان هناك شك فيما إذا كانت هذه الحجية قائمة ، وجب تفسير الشك لمصلحة من وجه الدفع ضده (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨) .

(١) والمقصود بالمحكمة المدنية هنا هو المعنى الواسع ، أى ألا تكون المحكمة محكمة جنائية . فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو شرعية أو ملية أو غير ذلك .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣١ — فقرة ٦٣٤ ص ٩٤٢ — ٩٥٦ .

الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسبباً» .

«٢ — ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها»(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٢/٢٩٧(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنيـة العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ٩٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٠٣ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٣٠٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٩٣(٣) .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥١(٤) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد إلا فى بعض فروق لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأصبح النص هو المادة ٤١٨ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٠ وص ٤٢٣ — ٤٢٤) .

(٢) وكانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « الأحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف فى الحقوق المدعى بها ولا فى الموضوع ولا فى السبب ولا فى الصـفة المتصف بها الأخصام» . وإذا كان نص التقنين المدنى الجديد أكثر دقة وأوسع إحاطة من هذا النص ، فانه مع ذلك لم يستحدث من الأحكام جديداً . فالتقنينان الجديد والقديم سـواء من حيث الأحكام فى هذا الموضوع . .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السـورى م ٩٠ : مطابق لنص التقنين المدنى المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٥٠٣ : مطابق لنص التقنين المدنى المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣٠٤ : « لا قوة للقضية المحكمة إلا فيما يختص بالشىء الذى كان موضوعاً للحكم ، فيجب أن يكون الشىء المطلوب هو ذاته ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ، وأن تكون الدعوى بين المتداعين أنفسهم ، وأن تكون مقامة منهم أو عليهم بالصفة نفسها» . ولا يختلف هذا النص فى حكمه عن نص التقنين المدنى المصرى .

التقنين المدنى للمملـكة الليبية المتحدة م ٣٩٣ : مطابق لنص التقنين المدنى المصرى .

(٤) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥١ : «لا تقوم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى موضوع الدعوى . ويجب أن يكون الشىء المطلوب واحداً ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ، وقائماً بين الخصوم أنفسهم ، ومقاماً منهم أو عليهم بالصفة نفسها » .

Art. 1351 : L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

٣٤٩ — شروط قيام حجية الأمر المقضى : ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى المتقدم الذكر أن هناك شروطا يجب أن تتوافر لقيام حجية الأمر المقضى .

وهذه الشروط قسمان : قسم يتعلق بالحكم ، وآخر يتعلق بالحق المدعى به (١) .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها فى الحكم

٣٥٠ — شروط ثلاثة : لا تقوم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر فى الحكم شروط ثلاثة :

(أولا) أن يكون حكماً قضائياً .

(ثانياً) أن يكون حكماً قطعياً .

(ثالثاً) أن يكون التمسك بالحجية فى منطوق الحكم لا فى أسبابه .

المطلب الأول

حكم قضائى

٣٥١ — حكم صادر من جهة قضائية : يجب للتمسك بحجية الأمر المقضى أن يكون هناك حكم صادر من جهة قضائية .

فالفتوى — أيا كانت جهة الإفتاء — لا حجية لها (٢) .

---

(١) ويجعل الأستاذ سليمان مرقس الشروط المتعلقة بالحكم شروطاً لحجية الأمر المقضى (أصول الإثبات فقرة ١٧٥) ، والشروط المتعلقة بالحق المدعى به شروطاً للدفع بحجية الأمر المقضى (أصول الإثبات فقرة ١٨٠) .

(٢) لا حجية للفتوى الشرعية ، وإن كان من الجائز الاستئناس بها (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١) .

والقرار الإدارى ، وهو صادر من جهة إدارية لا من جهة قضائية ، لا تكون له حجية الأمر المقضى . فيجوز للجهة الإدارية التى أصدرته ، أو جهة إدارية أعلى منها ، أن تسحبه . ولكن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائى ، كلجان مخالفات الرى ولجان الشياخات ولجان الإجارات ، فهذه تكون القرارات الصادرة منها حائزة لحجية الأمر المقضى مادامت قد صدرت فى حدود اختصاص الجهة التى أصدرتها [1] . ولا حجية لهذه القرارات فيما جاوز هذه الحدود . فمجالس التأديب جهات إدارية ذات اختصاص قضائى ، ولكن اختصاصها مقصور على المحاكمة التأديبية ، فلا تحول القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية إذن دون المحاكمة أمام المحاكم الجنائية بالنسبة إلى العقوبة الجنائية ، ولا دون المحاكمة أمام المحاكم المدنية بالنسبة إلى التعويض [2] .

ولا يكون لقرارات الحفظ الصادرة من النيابة العامة أو قاضى التحقيق أو غرفة الاتهام حجية الأمر المقضى [3] .

فلابد إذن أن يصدر الحكم من جهة قضائية . ويستوى فى ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو شرعية أو ملية أو إدارية [4] .

كما يستوى أن تكون جهة قضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية ، فتثبت حجية الأمر المقضى للأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية [5] ، وذلك بشرط

---

(١) استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٤٣٩ ص ٤٥٢ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤ ص ٨٨ — ١٦ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٤ ص ٣١٠ — مصر الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٦ ص ٧٣٣ .

(٢) استئناف مجلس تأديب المحامين ٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ ص ١٩٠ — وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الأحكام أو القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية لا تحول دون المحاكمة أمام المحاكم النظامية (٣٠ أغسطس سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٥١ ص ٢٩٥) .

(٣) نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ — استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ — ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ — بنى سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٦٩ — محكمة اللبان ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٦٨ .

(٤) بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى أنظر : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ .

(٥) قارن استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القرارات التى تصدر من لجان مخصوصة عهد إليها بالفصل فى مسائل معينة =

ألا تجاوز الجهات الاستئنائية حدود اختصاصها[1] . كذلك تثبت حجية الأمر المقضى لجهة قضاء كانت موجودة ثم ألغيت ، كمجلس الأحكام فى الماضى[2] وكالمحاكم المختلطة منذ عهد قريب .

ويكون للحكم الصادر من المحكمين حجية الأمر المقضى ، إذ التحكيم جهة قضاء نظمها القانون[3] .

أما الحكم الصادر من محكمة أجنبية ، ففى فرنسا يحوز حجية الأمر المقضى إذا ذيل بالصيغة التنفيذية[4] (exequatur) ، وفى مصر يميل القضاء إلى تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل[5] .

=لا تكون لها حجية الأمر المقضى إذا هى جاوزت حدود اختصاصها (٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ ص ٩٢ — محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٢٧) .

(١) وقد تكون هذه الجهات الاستئنائية لجانا إدارية لها اختصاص قضائى ، وقد بينا فيما تقدم أن للقرارات الصادرة من هذه الجهات حجية الأمر المقضى ، ما دامت قد صدرت فى حدود اختصاصها .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ . ويشترط فى فرنسا ، حتى يكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضى ، أن يوضع عليه أمر التنفيذ (ديرانتون ١٣ فقرة ٤٦٠ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٨ — لوران ٢٠ فقرة ٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٨ — نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٥٦٩) . وينتقد الفقه الفرنسى المعاصر هذا المبدأ ، لأنه لا يميز بين صلاحية حكم المحكمين للتنفيذ ، إذ يجب فيه الحصول على الأمر التنفيذى ، وبين حجية الحكم ولا شأن لها بالصلاحية فلا يشترط لقيامها الحصول على هذا الأمر (جلاسون وموريل وتيسيه ٥ فقرة ١٨٤٠ — بيدان وپرو ٩ ص ٤٣٩ هامش رقم ٤) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم اشتراط الحصول على أمر التنفيذ ليكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضى ، وبأن هذا الأمر ليس ضرورياً إلا لجعل الحكم صالحا للتنفيذ (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧٩) .

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٧ .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الحكم الصادر من محكمة أجنبية لا يحوز حجية الأمر المقضى ، وكل ما يترتب عليه من أثر هو أن يعتبر مجرد أداة للاثبات يصح إقامة الدليل على عكسها (٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ٦٠ ص ١١١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٦ ص ٣٠٢ وانظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه =

ويحوز الحكم حجية الأمر المقضى حتى لو كان مشوبا بعيب فى الشكل ، أو صادراً ضد خصم غير أهل للتقاضى ، أو اشتمل على خطأ فى تطبيق القانون[١] ، وحتى لو كان البطلان بسبب مخالفة النظام العام ، مالم يكن الحكم مشوباً بالغش أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين[٢] .

٣٥٢ — وجهة قضائية لها الولاية فى الحكم الذى أصدرته : ويجب أن تكون جهة القضاء التى أصدرت الحكم لها الولاية (juridiction) فى الحكم الذى أصدرته . فاذا لم تكن للمحكمة ولاية ، لم يكن لحكمها حجية الأمر

= لا يجوز الاحتجاج بحكم أجنبى يتعارض مع حكم صادر من جهة قضاء مصرية (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٩) ، وبأنه يتعين على القضاء المصرى أن يعيد النظر فى موضوع الحكم الأجنبى قبل أن يجعله نافذاً فى مصر (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٠) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بعد ذلك بوجوب تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل (réciprocité) فى جعل الأحكام الأجنبية نافذة فى مصر ، وبأنه مادام القانون الألمانى يجعل الأحكام الأجنبية نافذة دون إعادة بحث فى موضوعها ، إذا كانت المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم مختصة بإصداره وكان المدعى عليه قد أعلن إعلانا صحيحاً للحضور أمامها ، فيتعين تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل ، وجعل الحكم الأجنبى الصادر فى ألمانيا نافذاً فى مصر بأمر من رئيس المحكمة إذا توافر فيه الشرطان المتقدما الذكر ، ومن ثم يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٤) — ويستخلص مما تقدم أن الحكم الأجنبى متى صار قابلا للتنفيذ فى مصر فانه يحوز حجية الأمر المقضى . ذلك أنه إذا جاز أن يكون للحكم غير القابل للتنفيذ حجية الأمر المقضى ، فلا يجوز أن يكون الحكم القابل للتنفيذ مجرداً من هذه الحجية .

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٢ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠١ وهامش رقم ١٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الأحكام القطعية الصادرة من هيئة لها ولاية الفصل فى الخصومات تكون حائزة لحجية الأمر المقضى مهما كانت أوجه البطلان اللاحقة بهذه الأحكام (٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١/٨٦) . وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة شرعية مختصة يحوز حجية الأمر المقضى حتى لو خالف فيما قضى به المنهج الشرعى ، إذ قضى ببطلان وصية لعته الموصى مع أن الموصى له جهة بر لا جهة أهلية (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ ص ٤٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ — نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ — ١ — ١٧ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ — ٢٤ يوليه سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤٢ — ١ — ١٤١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٦ .

المقضى . ومن ثم لا تثبت حجية الأمر المقضى لحكم صدر من محكمة مدنية أو مجلس ملى فى مسألة تدخل فى ولاية المحاكم الشرعية ، ولا لحكم صدر من محكمة شرعية أو مجلس ملى فى مسألة تدخل فى ولاية المحاكم الوطنية ، ولا لحكم صدر من محكمة مدنية فى مسألة تدخل فى ولاية القضاء الإدارى . على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها ، كانت له مع ذلك حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها ، ولكن لا حجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى[1] .

---

(١) وهذا محل إجماع فيما إذا كان الحكم قد صدر من جهة قضاء غير عادية كالمجالس الملية . أما إذا صدر الحكم من جهة قضاء عادية كالمحاكم الوطنية ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضى حتى بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى غير العادية . فالحكم الصادر من مجلس ملى فى غير حدود ولايته لا يكون حجة أمام المحكمة الوطنية ، أما الحكم الصادر من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المجلس الملى حتى لو رأى هذا المجلس أن المحكمة الوطنية لا ولاية لها فى إصدار الحكم . ويرجع ذلك إلى أن القضاء العادى هو الأصل فى ولاية القضاء ، أما القضاء غير العادى فهو استثناء من الأصل فيجب ألا يخرج عن الدائرة التى رسمت له (نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ هامش رقم ١) .

ولكن جرى قضاء المحاكم المختلطة ، عندما كانت هذه المحاكم قائمة ، بأنه إذا صدر حكم من محكمة وطنية فى نزاع يدخل فى ولاية المحاكم المختلطة ، فليس لهذا الحكم أمام المحاكم المختلطة حجية الأمر المقضى : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ٤ و ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٨٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٧٢ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٦ — ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٨٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ١٨ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٤ — ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ — ولو أن هذا الحكم يصلح لاستئناس المحكمة المختلطة به (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٨ — ٨ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٨) — لا سيما إذا صدر هذا الحكم بين وطنيين وأقره الأجنبى (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧١) — أو كان الحكم مبنياً على سندات لم تعارضها سندات ضدها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٧) — ويكون حجة على الأجنبى إذا كان بخطأه قد ترك المحكمة الوطنية تفصل فى قضية وهى غير مختصة (استئناف مختلط ١٩ مارس ١ م ٥٨ ص ٦١) .

=

ويكون للحكم حجية الأمر المقضى إذا صدر من محكمة لها الولاية فى إصداره ، حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة ، سواء رجع عدم الاختصاص إلى

= ولكن الحكم الذى صدر من محكمة مختلطة بين وطنيين تكون له حجية الأمر المقضى أمام المحاكم المختلطة لأن ولايتها تتناول الأجانب والوطنيين (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٩٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥) ، وكذلك أمام المحاكم الوطنية (استئناف أهلى ١٥ يونيه سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣) .

أما الحكم الصادر بين وطنيين من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المحاكم المختلطة (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٤ — ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ — ١٠ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٤٧ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٢٤٦ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٧ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٨ .

كذلك إذا صدر حكم من المحكمة المختلطة فى حدود ولايتها كان حجة أمام المحاكم الوطنية (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥١ ص ١٦١) . أما إذا صدر الحكم من المحكمة المختلطة فى غير حدود ولايتها فلا حجية له (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٤ ص ٦١٩) . وإذا صدر حكم من القضاء المختلط على خلاف حكم سابق صدر من القضاء الوطنى ، فلا يجوز لمن كان خصما محكوماً عليه فى الدعوى الوطنية ولم يختصم أمام المحكمة المختلطة أن يتمسك بالحكم المختلط أمام القضاء الوطنى فى نزاع متفرع عن أصل النزاع الذى كسب الحكم الوطنى السابق صدوره فيه حجية الشىء المحكوم به بالنسبة لذلك الخصم (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٤ ص ٢٤٠) .

وإذا صدر حكم من محكمة شرعية فى حدود ولايتها كانت له الحجية أمام المحاكم المدنية (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٥ ص ١٨٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٢ ص ٦٧٥ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٩ ص ٨٧١ — استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١) ، وبالقدر الذى تكون المحكمة الشرعية قد فصلت فيه (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٣ ص ١١١) ، حتى لو كانت المحكمة الشرعية قد أخطأت فى قضائها — ما دامت هى المختصة أصلا — بأن لم تطبق أحكام معاهدة الإقامة بين مصر وتركيا (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، ولو كان اختصاص المحكمة الشرعية قائماً على تراضى الخصوم ما دام أن هذا لا يتجافى مع طبيعة ولايتها (نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥) ، ولا تلتزم المحكمة المدنية إلا بما قضت فيه المحكمة الشرعية وفصلت فيه فصلا حقيقياً (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ =

الموضوع أو رجع إلى المكان . فالحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجية الأمر المقضى ولو كان المختص هو القضاء التجارى . كذلك الحكم الصادر من محكمة جزئية تكون له هذه الحجية ولو كان المختص هو المحكمة الكلية . ومن باب أولى يحوز حجية الأمر المقضى الحكم الصادر من محكمة كلية وهو من اختصاص محكمة كلية أخرى ، أو من محكمة جزئية وهو من اختصاص محكمة جزئية أخرى[1] .

= مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٢ ص ٦١٤ — ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٦ ص١٨٠) — أما إذا صدر الحكم من محكمة شرعية أو من مجلس ملى فى غير حدود الولاية فلا يكون الحكم حجة أمام المحكمة المدنية (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم٢٠٠ ص ٤٥٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ — ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٤٢ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١ ص ١٠٨ — استئناف أهلى ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩١ .

وإذا فصلت المحكمة المختلطة فى ملكية قطعة أرض يتنازعها شخصان ، كان حكمها مانعاً للمحكمة الشرعية من سماع الدعوى مرة أخرى أمامها (المحكمة العليا الشرعية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٣٧ ص ٢٨٣) .

والأحكام التى تصدر من جهات قضائية استثنائية كالبطركخانات لا حجية لها إلا فيما يتعلق بولايتها ، وذلك على الأقل بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣٧ — طهطا ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم٣٨٥ص٧٧٣) ، وهذا راجع إلى أن هذه الهيئات لا تملك فى الأصل ولاية القضاء ، فاذا ما جاوزت حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء (اسكندرية الوطنية ٣١ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٦٤/٢ ص ١٣١) .

والقرارات الصادرة من لجان الإجارات المشكلة بقانونى نمرة ١٤ سنة ١٩٢١ و١٦ سنة ١٩٢٢ لا تحوز حجية الأمر المقضى إذا تعدت الحدود الموضوعة لها فى قانون إنشائها ، بل إن مثل هذه القرارات لا تكون مجرد أحكام باطلة صادرة من جهات غير مختصة ، وإنما تعتبر معدومة لصدورها من جهة لا ولاية قضائية لها فيما قضت به ، وتكون اللجان المذكورة بإصدارها تلك القرارات تعدت سلطة الشارع الذى أنشأها ، فهى معدومة بانعدام صفة القاضى وصفة الحكم (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٤— استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٤ — أسيوط الكلية ٣ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٢) — وإذا فصلت لجنة مخالفات الرى فى أمر غير داخل فى اختصاصها فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضى ، ويكون للمحاكم أن تفصل فى الأمر من جديد إذا طرح النزاع عليها (مصر الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٢).

(١) الحكم الصادر من محكمة ذات ولاية ، ولكن غير ذات اختصاص محلى أو موضوعى ، =

٣٥٣ — وبموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولائية : ثم أن المحكمة ذات الولاية يجب أن تكون قد أصدرت الحكم بموجب سلطتها القضائية (juridiction contentieuse) لا بموجب سلطتها الولائية (juridiction gracieuse).

ومعرفة ما إذا كان الحكم صادراً بموجب السلطة القضائية للمحكمة من مباحث قانون المرافعات . ولكن يمكن القول بوجه عام ان العبرة بطبيعة الموضوع الذى يصدر فيه أمر القاضى وطبيعة ماتجريه القاضى فى إصداره ، فان كان الأمر يتعلق بخصومة بين طرفين فصل فيها فهو قضاء ، وإلا فهو أمر ولائى[1] .

فالتصديق على الصلح[2] ، وإجراء القسمة قضائيا ، والتصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أوكان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدنى)[3] ، وتصديق المحكمة الحسبية على الحساب الذى يقدمه الأوصياء والقوام[4] ، كل هذه أوامر تصدر من المحكمة بموجب سلطتها الولائية فلا تحوز

= يحوز حجية الأمر المقضى : استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٣ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٤٣ — ٢ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ — ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٨ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٩ — ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٠ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٢ . قارن الأستاذ أحمد نشأت ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠ وانظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٦ .

(١) الأستاذ محمد حامد فهمى فى المرافعات فقرة ٢٤ — ويذهب الأستاذ عبد الحميد أبو هيف (المرافعات فقرة ٩٥) إلى أن الأمر الولائى هو ما تصدره المحكمة بناء على طلب طرف دون أن تستدعى الطرف الآخر لسماع أقواله .

(٢) استئناف ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٩٣ ص ٤٧٠ — وقارن استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — انظر الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء ٢ ص ١٥٧ — ص ١٦١ .

(٣) بنى سويف استئنافى ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٦٤ . ولكن الحكم بإنهاء الشيوع عن طريق القسمة يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١١٢) .

(٤) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن تصديق المجلس الحسبى على الحساب الذى يقدمه =

حجية الامر المقضى ، وذلك مالم تفصل فى خصومة بين طرفين[1]. فاذا فصلت المحكمة فى المنازعات التى قد تعترض دعوى القسمة (م ٨٣٨ مدنى) ، فهذا فصل فى خصومة يحوز حجية الأمر المقضى . أما التصديق على الصلح مع المفلس

= إليه الوصى لا يعد حكماً حائزاً لحجية الأمر المقضى ، ولا يمنع ذوى الشأن من الطعن فى صحة هذا الحساب أمام المحاكم الأهلية (نقض جنائى ١١ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢/٨٨ — انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٣ ص ٧١١) — وقضت محكمة النقض بأن ما يثار عادة من أن قرارات المجالس الحسبية فى مسائل الحساب تحوز حجية الأمر المقضى أو لا تحوز إنما هى إثارة بحث لا محل له . ذلك بأن المجالس الحسبية لا تصدر أحكاماً بالملزومية حتى تكون لهـا حجية الأمر المقضى أو لا تكون ، وإنما هى عقب فحصها للحساب ، إذا ما قررت اعتماده ، فان اعتمادها يكون تتميماً لاتفاق رسمى بين عديم الأهلية الحالة هى محله بقوة القانون من جهة وبين وليه من جهة أخرى . وهذا الاتفاق هو وحده الذى يحتج به كل طرف من طرفيه على الآخر ككل العقود والاتفاقات . أما نتيجة هذا الاتفاق ، إذا كانت موجبة لدين على عديم الأهلية أو على وليه ، فإن هذا الدين إذا لم يسدد ودياً من أحدهما للآخر ، فالمحاكم العادية هى التى تحكم به تنفيذاً لذلك الاتفاق (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٦ ص ٩٥٧) . ولكن متى اعتمدت المحكمة الحسبية الحساب ، فقد تم الاتفاق الرسمى بين ناقص الأهلية ونائبه ، ولا يجوز للمحكمة الحسبية أن ترجع فى اعتمادها إلا إذا ظهرت أسباب جديدة تسوغ هذا الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمجلس الحسبى ، بعد أن ينظر عمل الوصى ويجيزه ، أو يفحص الحساب ويعتمده ، أن يرجع عما قرره ، ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سـنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

[1] وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأحكام التى تصدر بالتصديق على اتفاقات الخصوم (jugement d'expédient) نوعان . نوع تقتصر المحكمة فيه على إثبات الاتفاق الذى تم بين الخصمين . ونوع تستند فيه المحكمة إلى هذا الاتفاق للفصل فى الخصومة المطروحة أمامها ، فتتبنى اتفاق الخصمين ، ومن ثم يحوز الاتفاق حجية الأمر المقضى . أما النوع الأول الذى تقتصر فيه المحكمة على إثبات الاتفاق ، فكل ما ينطوى عليه أن الخصمين اتفقا على صلح يحسم الخصومة ، فأضفت المحكمة على هذا الصلح صفة الرسمية ، وأكسبته القوة التنفيذية ، شأنها فى ذلك شأن الموثق ، فلم تفصل المحكمة فى خصومة ، وإنما أثبتت اتفاقاً تم ، فلا يقبل مثل هذا الحكم استئنافاً (استئناف مختلط ٦ مارس سـنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٢) . قارن مع ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٩ حيث لا يميزان بين حكم فصل فى خصومة وحكم اقتصر على إثبات الاتفاق ، فكلا الحكمين يحوز حجية الأمر المقضى . وانظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤١ ص ٩٣٨ — ص ٩٣٩ حيث يميزان بين الأحكام المصدقة على اتفاقات الخصوم والتى تفصل فى الخصومة (jugements d'expédient) وبين العقود القضائية (contrats judiciaires) التى تقتصر فيها المحكمة على إثبات اتفاقات الخصوم .

(concordat) فقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تميل إلى اعتباره منطويا على فصل فى خصومة ، فيحوز حجية الأمر المقضى[(١)] .

والحكم بتعيين وصى أو قيم فى غير خصومة[(٢)] ، وإقامة ناظر على الوقف فى غير خصومة كذلك ، كل هذه أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضى . أما الحكم بتوقيع الحجز فهو حكم قطعى يحوز حجية الأمر المقضى[(٣)] .

والإذن للأوصياء والقوام فى مباشرة التصرفات[(٤)] ، والإذن فى استبدال الوقف[(٥)] ، لا يعتبر أى منهما حكما قضائيا ، بل هو أمر ولائى لا يحوز حجية الأمر المقضى ، إذ هو لا يفصل فى خصومة بل يمكن من إجراء تصرف معين . وكذلك الحكم بمرسى المزاد ليس إلا إجراء تصرف فى العين التى رسا فيها المزاد ، فهو أمر ولائى لا يحوز حجية الأمر المقضى[(٦)] .

والأمر الصادر من رئيس المحكمة باعطاء الدائن حق اختصاص بعقارات مدينه ، وقائمة التوزيع بين الدائنين فى غير ما يفصل فيه من مناقضات

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٨ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن الحكم بتعيين قيم ليس حكماً صادراً من المحكمة باعتبارها سلطة قضائية قاطعة فى خصومة معينة ، بل هو صادر منها بمالها من حق الولاية العامة فى حدود سلطتها الإدارية ، ومثل هذه الأحكام لا تحوز حجية الأمر المقضى ولا تستأنف (١٩ نوفبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢ ص ٢٦) . وانظر فى حجية قرارات المجالس الحسبية : المجلس الحسبى العالى ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨ – ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٦ ص ٢٣ – ٣١ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٢٨ ص ٥٠٠ — استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣١ ص ٨٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ .

(٤) وقد تقدم أنه لا يجوز للمحكمة الحسبية بعد أن تنظر فى عمل الوصى وتجيزه أن ترجع فيما قررته ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إذن المحكمة الشرعية فى استبدال الوقف له حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٧) ، وهى تقصد بذلك أن هذا الإذن لا يجوز الرجوع فيه ، كما لا يجوز الرجوع فى العقد لا فى الحكم.

(٦) استئناف أسيوط ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦١ — قارن استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٣ .

ومعارضات [١] ، كل هذه أوامر ولائية لاتحوز حجية الأمر المقضى .

كذلك تعتبر أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضى قرارات لجان المعافاة من الرسوم القضائية [٢] ، وأوامر رئيس محكمة القضاء الإدارى بتقصير المواعيد. أما حكم محكمة القضاء الإدارى بوقف تنفيذ أمر إدارى ، وكذلك حكم محكمة النقض بوقف تنفيذ حكم نهائى ، فهذا فصل فى خصومة يحوز حجية الأمر المقضى.

المطلب الثانى

حكم قطعى

٣٥٤ — الحكم القطعى والحكم النهائى : لا تكون حجية الأمر المقضى إلا لحكم قطعى [٣] (jugement définitif) ، وهو الحكم الصادر فى الموضوع بالبت فيه ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيابياً قابلا للطعن فيه بالمعارضة وبالاستئناف. ولا ضرورة ، حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضى ، أن يصبح الحكم القطعى حكماً نهائياً (jugement passé en force de chose jugée) ، باستنفاده لطرق الطعن العادية من معارضة واستئناف . فالحجية تثبت للحكم الغيابى ثبوتها للحكم الحضورى ، وللحكم الابتدائى ثبوتها للحكم النهائى [٤] ، وتثبت للحكم النهائى حتى لو طعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر أو باعتراض الخارج عن الخصومة. وقد سبق أن أشرنا إلى وجوب التمييز بين حجية الحكم (autorité) ونهائيته (irrévocabilité) ، فالنهائية لاشأن لها بالحجية ، بل هى تتصل بقابلية الحكم للتنفيذ [٥] .

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٧ .

(٢) طنطا استئنافى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٨ ص ١٠٩٨ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٠ ص ٨٥٦ .

(٤) قارن استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ (حيث ينكر على الحكم حجية الأمر المقضى إذا كان قابلا للاستئناف) و١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ .

(٥) ومع ذلك فقد كانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدنى السابق تخلط بين الشيئين . انظر أيضاً المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى الجديد حيث ورد فيها «قوة الأمر المقضى» بدلا من «حجية الأمر المقضى» ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٥٥ – متى يثبت للحكم القطعى حجية الأمر المقضى : وكل حكم قطعى بت فى الخصومة يحوز حجية الأمر المقضى . فالحكم القطعى الصادر فى الموضوع بالبت فيه ، كله أو بعضه(١) ، تكون له هذه الحجية . كذلك تثبت الحجية للحكم القطعى الذى يبت فى الدفع ، سواء كان الدفع موضوعياً أو شكليا ، كالحكم بعدم الاختصاص وبعدم قبول الدعوى وبعدم جواز نظر الدعوى وببطلان صحيفة الدعوى . وتثبت الحجية كذلك للحكم القطعى الذى يبت فى نزاع يتصل باجراءات الدعوى ، كالحكم بسقوط الخصومة وبانقضائها بمضى المدة وبتركها وباعتبار الدعوى كأن لم تكن(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم للمدعى ببعض طلباته ، فطعن فى قضائه برفض البعض الآخر ، وقبل المدعى عليه الحكم ولم يطعن فيه ، ثم قضى بقبول الطعن ونقض الحكم ، فإن هذا النقض هو نقض جزئى لا يتناول ما كان قضى الحكم بإجابته من طلبات الطاعن ، ولذلك لا يجوز لمحكمة الإحالة أن تعيد النظر فى هذا البعض من الطلبات (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ — ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٤ ص ٥١٥ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى ص ٥١٦ .

كذلك يعتبر بتاً فى بعض الدعوى القضاء بقيام المسئولية وإحالة الدعوى إلى التحقيق أو إلى خبير لتقدير قيمة الضرر ، فيكون للحكم حجية فيما يتعلق بثبوت المسئولية . وإذا قضى الحكم بأحقية المدعى للنفقة ، وأجلت القضية لتحديد قيمة النفقة فى جلسة أخرى ، حاز الحكم حجية الأمر المقضى فيما يتعلق بأحقية المدعى للنفقة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد حامد فهمى فى كتابه المرافعات (فقرة ٦١٤) : «الحكم القطعى هو الذى يفصل فى جملة النزاع أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه فصلا حاسما لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته ، كالحكم للمدعى بطلباته أو الحكم عليه برفضها ، والحكم فى الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بانقضاء الحق بالتقادم أو بسقوط الدعوى أو بعدم جواز الإثبات بالبينة والحكم فى طلب رد القضاة أو طلب دخول خصم ثالث أو طلب وقف الدعوى انتظاراً للفصل فى مسألة أولية من محكمة أخرى والحكم فى دعوى التزوير الفرعية . ذلك بأن كلا من هذه الأحكام (وأمثالها) يحسم النزاع فى موضوع الدعوى أو فى بعض منه ، أو يقطع – فى مسألة فرعية – نزاعاً يعتبر فى هذا الصدد مستقلا وقائماً بذاته» .

ويعتبر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة قطعياً يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦) — ويعد حكماً قطعياً حائزاً لحجية الأمر المقضى الحكم فى المعارضات فى تنبيه نزع الملكية وفى قوائم التوزيع (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ =

ولكن هناك أحكاما قطعية لا تبت فى الخصومة على وجه حاسم ، فهذه لا تحوز حجية الأمر المقضى . مثل ذلك الأحكام التهديدية (jugements comminatoires) ، فالحكم بغرامة تهديدية (astreintes) لايحوز حجية الأمر المقضى ، إذ أن الغرامة التهديدية تجوز إعادة النظر فيها بالزيادة أو الإنقاص أو الإلغاء (م ٢١٣ و ٢١٤ مدنى)[١] . ومثل ذلك أيضاً الحكم برفض الدعوى بالحالة التى هى عليها ، فانه لايحوز الحجية إذ هو لم ينه النزاع على وجه حاسم ، وإن كانت له حجية فهى حجية مقصورة على الحالة التى كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة ، فيجوز رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح هذه الحالة أو تغيرها [٢]. كذلك الحكم باخراج خصم من الدعوى ، أو بعدم قبول تدخله ، لايحوز حجية الأمر المقضى فى موضوع الدعوى ، لأنه لم يبت فى هذا الموضوع أصلا ، بل اقتصر على البت فى رفض اشتراك شخص معين فى خصومة قائمة ، والحكم بذلك لايمنع هذا الشخص من رفع دعوى مستقلة بطلباته دون أن يدخل فى الخصومة التى حكم برفض اشتراكه فيها[٣] .

= ص ٣٦٢ – ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٤ — ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٤٦ — الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦ ص ١٤٧ – استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٥٦ – مصر الكلية الوطنية ٢١ يوليه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ٣٢ ص ١٠ – بنى سويف الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩ ص ٢٢٥ – استئناف مختلط ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥ ولكن قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٣ .

ومن أمثلة رفض الدعوى بالحالة التى هى عليها أن ترفع الدعوى من غير ذى صفة ، فيحكم بعدم قبولها ، وتقبل بعد ذلك إذا رفعت من ذى الصفة . كذلك قد ترفع الدعوى من شخص لم تحصل على الإذن اللازم من المحكمة الحسبية مثلا ، فترفض الدعوى فى الحالة التى هى عليها حتى يحصل المدعى على الإذن . وقد ترفع الدعوى أمام محكمة القضاء الإدارى بإلغاء قرار إدارى لم يصدر بعد ، فترفض الدعوى لرفعها قبل الأوان .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٠ – هذا وإذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات ، وكان الحكم خالياً من التعرض لهذا الطلب بالرفض أو القبول ، سواء فى أسبابه أو فى منطوقه ، جاز أن ترفع به دعوى جديدة ، ولا محل للتمسك بحجية الأمر المقضى =

٣٥٦ – الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع : أما الأحكام الصادرة قبل الفصـل فى الموضوع (jugements d'avant-dire droit) فهى ليست بأحكام قطعية ، ولاتحوز حجية الأمر المقضى[1] .

وهذه الأحكام هى : الاحكام التحضيرية (jugements préparatoires) ، والأحكام التمهيـدية (jugements interlocutoires) والأحكام الوقتيـة (jugements provisoires) .

٣٥٧ – الأحكام التحضيرية : وهى أحكام تسبق الحكم فى الموضوع تحضيراً لهذا الحكم ، دون أن تبين رأى المحـكمة فى نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع ، أو الحـكم بانتقال المحـكمة إلى محل النزاع ، أو الحـكم بالإحالة على التحقيق . مثل هذه الأحكام لا تـكون لها حجية الأمر المقضى ، بل يجوز للمحكمة العدول عنها بعد إصدارها وقبل تنفيذها ، وإذا هى نفذتها لم تتقيد بالنتيجة التى أدت إليها .

٣٥٨ – الأحكام التمهيدية : وهى أحكام تسبق الحكم فى الموضوع

= (استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧) — وقضت محكمة النقض بأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز حجية الأمر المقضى . فإذا كانت المحكمة التى نظرت فى دعوى إثبات البدل فى أرض قد قالت فى أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع فى ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد ، ثم قضت بإثبات البدل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه ، فان حكمها هذا لا يحول دون النظر فى ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البدل . وكذلك تفريعا على هذا الأصل إذا كانت المحكمة فى دعوى الضمان الفرعية قد قالت فى أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها ، وحكمت فى منطوقه برفضها بحالتها ، فإن حكمها هذا — وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً — لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير فى الدعوى من وجوه النزاع (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٣ ص ٥٤٧) — وقضت أيضاً بأنه إذا طلب المدعى عليه احتياطيا الحـكم بالمبلغ المطالب به هو على شخص بصفته ضامنا له ، فقضت المحـكمة برفض هذا الطلب لعدم توجيه دعوى الضمان توجيهاً صحيحا ، فقضاؤها بذلك لايمكن أن يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى موضوع الطلب ، إذ الحـكم لم يتعرض للفصل فيه (نقض مدنى ٩ مايو سـنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٣ ص ١٥٩) .

(١) سالوط ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٩ ص ٢٦٨ .

تمهيدا لهذا الحكم ، وتبين رأى المحكمة فى نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لتقدير الضرر الذى أصاب المدعى ، أو باحالة القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية ، فان المحكمة إذا قضت بذلك قبل أن تقضى فى قيام المسئولية ذاتها تكون ، دون أن تقطع فى قيام المسئولية ، قد كشفت عن ميلها للقضاء بذلك ، ومن أجل هذا عينت خبيراً لتقدير الضرر أو أحالت القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية .

وكان الأمر فى تقنين المرافعات السابق أن الحكم التمهيدى ، إذا أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب أحد من الخصوم ، فلا تكون له حجية الأمر المقضى ، ويجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه . أما إذا كان صادراً بناء على طلب أحد الخصوم ، فانه يعتبر قد فصل فى أمر متنازع فيه ، وتثبت له الحجية ، فلا يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه[1] . على أنه إذا نفذ فى الحالتين لم يقيد

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قضت المحكمة بضم ملف الأوراق وتبين أن هذا الملف قد أعدم لانقضاء الوقت القانونى ، فان لها أن تعدل عن تكملة الدليل بالملف إلى تكملته بأى طريق آخر ، كالإقرار أو القرائن ، لأن حكمها الأول تمهيدى ولها العدول عنه ، فمن باب أولى إذا كان سبب العدول تنفيذ الحكم التمهيدى (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

وكان هناك رأى — فى عهد تقنين المرافعات السابق — يذهب إلى عدم جواز العدول عن تنفيذ الحكم التمهيدى بعد صدوره ، حتى لو كانت المحكمة قد أصدرته من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن المحكمة مقيدة بحكمها التمهيدى ، ولا يكون لها أن تنظر فى الموضوع قبل تنفيذه ، مالم يصبح التنفيذ غير ممكن أو لا محل له ، ولكن يجوز للمحكمة أن تأمر ، عند النظر فى تعيين خلف لأحد أعضائها المنتدب للتحقيق ، أن يجرى التحقيق أمامها هى (٧ يناير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٤ — انظر أيضا نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — الأستاذ محمد حامد فهمى فى المرافعات ص ٦٤٠) — انظر فى حجية الحكم التمهيدى : نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ (وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى هامش ص ٥٨٩) — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٧١ — ٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٧٠ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٤ — ٢٤ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٣ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ — ١٠ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١١٤ .

المحكمة بالنتيجة التى أدى إليها(١) .

ولكن تقنين المرافعات الجديد نص فى المادة ١٦٥ منه على أن «للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها» . فألحق الحكم التمهيدى بالحكم التحضيرى ، وأنزل الحكمان منزلة سواء فى جواز عدول المحكمة عن تنفيذ الحكم بعد إصداره ، ولو كان حكما تمهيديا صدر بناء على طلب أحد الخصوم . وقد نبذ تقنين المرافعات الجديد تقسيم الأحكام إلى تحضيرية وتمهيدية بعد أن سوى بينها فى الحكم . فلا يحوز الحكم التمهيدى حجية الأمر المقضى ، سواء أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها أو صدر بناء على طلب أحد الخصوم ، ففى الحالتين يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه ، وإذا هى نفذته لم تتقيد بالنتيجة التى أدى إليها كما سبق القول .

غير أنه يجوز أن يتضمن الحكم التمهيدى — أو الحكم التحضيرى — حكما قطعيا يفصل فى مسألة من مسائل النزاع ، فيحوز هذا الحكم القطعى فى هذه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم التمهيدى لا تكون له حجية الأمر المقضى ، وليس القاضى الذى أصدره ملزما حتما بالاعتماد على نتيجة التحقيق الذى يحصل تنفيذاً له (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وقضت أيضاً بأن المحكمة ، وإن كانت ملزمة بتنفيذ حكمها التمهيدى وممنوعة من الرجوع فيه ، لها كامل الحرية فى تقدير أهمية الوقائع التى أمرت بتحقيقها ، ثم تقضى فى موضوع الدعوى بما تراه حقاً وعدلا مهما تكن النتيجة التى أسفر عنها التحقيق . فلها ، حتى مع ثبوت الوقائع المأمور بتحقيقها ، أن تقضى فى الموضوع على خلاف ما يشعر به حكمها التمهيدى ، معتمدة فى ذلك على عناصر أخرى من عناصر الإثبات فى الدعوى ، كما لها أن تعتبر الوقائع التى كانت تراها فاصلة ليست كذلك . وإذن فالحكم التمهيدى فى دعوى الملكية بالإحالة إلى التحقيق لإثبات وضع اليد على العين المتنازع عليها لا يحول دون القضاء فى موضوع الدعوى على أساس صورية عقد البيع الذى يتمسك به أحد الخصوم فى إثبات ملكيته . وكذلك لا تثريب على المحكمة إذا هى اعتمدت فى القول بالصورية على شهادة شهود سمعوا تنفيذاً للحكم التمهيدى الذى أمر بتحقيق واقعة وضع اليد ، إذ أن لها — بعد تنفيذ الحكم التمهيدى — أن تستند فى قضائها فى الموضوع إلى جميع عناصر الإثبات الموجودة فى الدعوى ، ومنها شهادة أولئك الشهود (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢) .

انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢٣٨ — استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ .

الحالة حجية الأمر المقضى . وذلك كالحكم الصادر باحالة القضية على التحقيق ، قد تصرح فيه المحكمة بجواز إثبات الحق المتنازع فيه بالبينة ، أو بتحميل أحد الخصمين عبء الإثبات ، أو برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، أو بغير ذلك من الأحكام القطعية[1] .

٣٥٩ — الأحكام الوقتية : وهى أحكام تسبق الحكم فى الموضوع للفصل فى مسائل وقتية لا تمس جوهر النزاع . وذلك كالحكم فى دعاوى إثبات الحالة[2] ، والحكم بالحراسة[3] ، والحكم بنفقة وقتية للمصاب حتى يفصل فى دعوى التعويض ، والحكم بالزام ناظر الوقف أن يدفع لأحد المستحقين نفقة شهرية إلى أن يفصل فى دعوى الحساب[4] .

---

(١) اوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٩ — ص ١٠٢٠ — الأستاذ محمد حامد فهمى فى المرافعات فقرة ٦٤٠ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضى لا يكون ملزماً بإعطاء الدعوى فى حكمه النهائى الحل الذى كان يرمى إليه بإصدار حكمه التمهيدى ، فإذا أمرت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات التخلص من الدين بالبينة ، جاز لها بعد إتمام التحقيق أن تصرف النظر عن مسألة التخالص ، وتحكم بسقوط الحق بمضى المدة . ولكن إذا لم يكن هناك محل لإعطاء القضية حلا آخر ، فليس للمحكمة أن تعود وتقرر فى نفس الموضوع عدم جواز إثبات التخالص بالبينة خلافاً لما حكمت به أولا ، لأن هذا يعد تناقضاً منها واخلالا بحجية الشىء المقضى (٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٢) أسيوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٨٦ .

(٣) طنطا ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٧٩ — مصر الأهلية ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢١٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم فى دعوى حراسة مرفوعة من المدين المحجوز عليه قبل مرسى المزاد لا يمنع المدين من رفع دعوى حراسة أخرى بعد مرسى المزاد لتغير الظروف (استئناف مختلط ٢١ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨) .

(٤) استئناف أهلى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٤٢٧ — والحكم الذى يعين من أى وقت يكون بدء الحساب حكم وقتى لا يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩) — والحكم بوقف السير فى الدعوى هو كذلك حكم وقتى لا يحوز الحجية (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨) — وقضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص بحق مدنى أمام محكمة الجنح ، وطلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عما أصابه من ضرر بفعل المتهم ، فالحكم الذى يصدر فى صالحه لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد ما تبين مدى الضرر الذى لحقه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢) — وقضت أيضا بأن الحكم الصادر فى التظلم بتأييد أمر الحجز التحفظى الموقع على ما =

ويعتبر الحكم الصادر من قاضى الأمور المستعجلة أو فى المسائل المستعجلة حكما وقتيا لا يحوز حجية الأمر المقضى(١) .

على أنه يلاحظ ألا محل للمساس بحكم وقتى إذا بقى سببه قائما ، ولا يجوز

= للمدين لدى الغير هو حكم وقتى غير ملزم للمحكمة إذا ما تراءى لها عند الفصل فى الموضوع أن الحجز لم يكن فى محله (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) .

(١) والحكم الصادر من القضاء المستعجل ليس حجة على قضاء الموضوع (استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ – ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) — وليس حجة على القضاء المستعجل ذاته إذا تغيرت الظروف (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٩ — ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٨ — ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٧ — ١٤ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ – ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ – ١٦ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٨ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ — ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ — ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٠ — ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ٣٨٤ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام التى تصدر من قاضى الأمور المستعجلة هى أحكام وقتية بطبيعتها ، ولا تكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب . وإذن فمتى كان موضوع طلب المساهم هو فى الدعويين تكليف الخبير بحضور انعقاد الجمعية العمومية للشركة لإثبات مايدور فيها من مناقشات ، وكان الحكم فى الدعوى الأولى ، وأن قضى بعدم اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بنظر هذا الطلب ، إلا أنه كان خاصاً بانعقاد سابق للجمعية العمومية ، فإنه لايكون له حجية الأمر المقضى فى أية دعوى تالية خاصة بحضور الخبير أى انعقاد آخر للجمعية بعد أن تفاقم النزاع بين مجلس إدارة الشركة والمساهم وقامت الخصومة الموضوعيـــة بينهما (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥) . وقضت أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقتى لايحوز حجية الأمر المقضى فى أصل موضوع النزاع ، فهو بطبيعته هذه لايمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر فى موضوع النزاع المقضى باتخاذ ذلك الإجراء فيه . فإذا صدر نهائياً من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائى لحين البت فى مسألة موضوعيـــة ، فالحكم النهائى الذى تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضياً باعتبار ذلك الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ لايصح الطعن فيه بدعوى أنه خالف الحكم السابق صدوره من القضاء المستعجل (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١١ — وفى عدم جواز الطعن بالبطلان فى حكم مستعجل بدعوى مستقلة : استئنـاف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١ .

العدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى إصداره . فالحكم الوقتى تكون له إذن حجية مؤقتة ، وتبقى هذه الحجية ما دام سببه المؤقت قائماً ، فاذا زال السبب زالت الحجية(١) .

المطلب الثالث

التمسك بالحجية فى منطوق الحكم لا فى أسبابه

٣٦٠ – منطوق الحكم : لاتثبت الحجية فى الأصل إلا لمنطوق الحكم (dispositif) دون أسبابه (motifs) ، والمنطوق هو الجزء من الحكم الذى يفصل فى نقط النزاع(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بتقرير نفقة مؤقتة يدور مع علته وجوداً وعدماً . فمتى كان الواقع أنه قضى للطاعنة فى دعوى حساب على المطعون عليه وآخر بصفتهما ناظرى وقف بأن يدفعا إليها نفقة شهرية من ريع الوقف حتى يفصل نهائياً فى دعوى الحساب المرفوعة منها ، وكان الحكم قد بنى وقت صدوره على نزع ناظرى الوقف أطياناً كانت الطاعنة تضع اليد عليها ، ثم زال مبرره بوضع يدها على هذه الأطيان وباستمرار حيازتها لها قبل رفع الدعوى بانتهاء النفقة ، فانه يكون فى غير محله تمسكها بما جاء فى منطوق حكم النفقة من توقيته بانتهاء دعوى الحساب ونعيها على الحكم القاضى بانتهاء النفقة إهداره حجية الحكم الصادر بتقريرها (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨) .

وقضى بأنه وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر فى أصل الموضوع ، إلا أنه ليس معنى هذا جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه قاضى الأمور المستعجلة من جديد متى كان مركز الأخصام هو والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها ولم يطرأ عليها أى تغيير ، إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع مادى يجب احترامه بمقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة لنفس الظروف التى أوجبته ولذات الموضوع الذى كان محل بحث الحكم المستعجل السابق صدوره ، طالما لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتاً للحالة الجديدة الطارئة (مصر الكلية قضاء مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٤ ص ٢٦٦) .

انظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٩ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٣ — ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٢ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ — ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٧ — ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ =

وقد يفصل المنطوق فى بعض نقط النزاع ، لا على وجه صريح ، بل بطريق ضمنى (implicitement) ، فتثبت الحجية لهذا المنطوق الضمنى مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح[١] (suite nécessaire d'une disposition expresse) . فالحكم الذى يقضى بصحة الإجراءات التى اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجية الأمر المقضى فى صحة هذا السند ونفاذه ، لأنه مادام قد حكم بصحة الإجراءات التى اتخذت لتنفيذ سند فان هذا يقتضى ضرورة صحة هذا السند وقابليته للتنفيذ[٢] . أما الحكم الذى يصدر برفض دعوى الاستحقاق لعجز المدعى عن إثبات ملكيته للعين فلا تثبت له حجية الأمر المقضى ، إذا أتيح للمدعى أن يصبح هو الحائز ، فأقام الخصم الآخر دعوى الاستحقاق بدوره وأراد أن يستند إلى الحكم الأول لإثبات ملكيته ، لأن هذا الحكم إنما قضى بأن خصمه غير مالك والحكم بذلك لا يستتبع حتماً أن يكون هو المالك . لكن إذا كان هذا الخصم الآخر قد تمسك فى الدعوى الأولى بملكيته للعين ، وأمكنه إثبات سبب الملكية ، ورفضت دعوى المدعى على هذا الأساس ، كان لهذا الحكم الأول حجية الأمر المقضى فى الدعوى الثانية[٣] .

= ص١٤٧ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ – ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٨٠.
أما ما يذكره الحكم من أنه صدر حضورياً أو غيابياً فلا يحوز حجية الأمر المقضى، والمحكمة هى التى تتبين، بتطبيق القواعد القانونية، ما إذا كان الحكم حضورياً أو غيابياً (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٠ — ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تكتف المحكمة بتدوين إقرارات الخصوم ، بل بحثتها وحددت حقيقة معناها، ثم عرضت لها مرة أخرى لتتبين المسئول عن مصروفات الدعوى، ثم حكمت فى الدعوى بعد استعراض ظروفها وأدلتها ومن بينها إقرارات الخصوم ، كان ذلك قضاء حاسماً للنزاع يحوز حجية الأمر المقضى لا مجرد توثيق وإثبات لتلك الإقرارات (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٢ ص ٢٦٦) .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٥ وهامش رقم ٢٤ — ونستعرض بعضاً من قضاء محكمة النقض فى المنطوق الضمنى الذى تثبت له الحجية .
فهناك أحكام قضت بوجود منطوق ضمنى تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا طلب الدائن الحكم ببطلان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر بمقولة إن هذا الرهن عمل تواطؤاً للهروب من الوفاء بدينه ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمناً ببطلان القرض =

كذلك يشمل المنطوق الذى تثبت له الحجية ماقضى به فى الدعوى الأصلية وفى الدعاوى والدفوع التبعية . فاذا دفع المدعى عليه الدعوى بدفع ، أو أقام

= أيضاً ، وقضى برفض الدعوى بناء على انعدام الدليل على علم الدائن المرتهن بالدين السابق أو تواطئه مع المدين ، كان هذا قضاء ضمنياً بصحة القرض المضمون بالرهن . فإذا عاد المدعى إلى طلب الحكم ببطلان عقد القرض نفسه ، كان الحكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها نهائياً بين الخصوم أنفسهم سليماً قانوناً (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦ ص ٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان عقد الإيجار متفقاً فيه على التجاوز عن بعض الأجرة فى حالة دفعها فى مواعيدها ، فإن هذا التجاوز يكون متعلقاً بذات الحق المطالب به ومرتبطاً بشروط الوفاء به . فإذا قضت المحكمة لمؤجر بباقى الأجرة المستحقة على المستأجر بعد تحققها من إنشغال ذمته ، فانها تكون قد قضت فى ذات الوقت ضمناً بعدم استحقاق هذا المستأجر للتجاوز المشترط ، وتكون دعوى المستأجر بعد ذلك ببراءة ذمته منه عوداً إلى موضوع سبق الفصل فيه (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٠ ص ٩٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفع المشترى دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكيته للعين المبيعة وتسليمها إليه بما عليها من مبان ، وقضت له المحكمة بطلباته ، وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع الذى يمتنع عن تسليم العقار المبيع ، ويبنى فيه قبل تسجيل عقد البيع مع مطالبة المشترى له بنقل الملكية ، يعتبر كالبانى فى ملك غيره ، ولا يحق له لسوء نيته حبس البناء لاستيفاء مصاريفه ، ثم رفع البائع على المشترى دعواه بطلب قيمة تكاليت البناء كاملة ، فقضت له المحكمة بطلبه ، وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع إذ بنى قبل تسجيل عقد البيع كان حسن النية فى هذا البناء لاعتقاده أنه يبنى فى أرض مملوكة له وأن هذا الاعتقاد يرفع عنه سوء النية الخاص الذى يشترطه القانون ، فإن هذا الحكم يقع مخالفاً للحكم السابق الحائز حجية الأمر المقضى (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ . وقضت كذلك بأنه إذا صدر بناء على طلب بعض الورثة فى مواجهة الباقين حكم نهائى باعتبار الفدان المتنازع فى شأنه تركة يتقاسمونها جميعاً ، وذلك بناء على اعتبار العقد الصادر به من الوالدة لأحدهم وصية لوارث لم يجزها باقى الورثة ، وكان مما بحثته المحكمة فى حكمها هذا ، واستندت إليه فى اعتبار ذلك التصرف وصية ، عقد محرر أثناء حيازة الوالدة بين الابن الذى صدر له التصرف وبين أخوته الذكور الثلاثة نص فيه ، فيما نص عليه به ، على أن هذا الفدان يكون بعد حياة الوالدة لهؤلاء الأربعة ، ثم رفع بعد ذلك اثنان من الأربعة دعواهما على الاثنين الآخرين (ومنهما الصادر له التصرف) بطلب تثبيت ملكيتهما إلى النصف فى هذا الفدان الذى هو موضوع التصرف ، وحكم فى هذه الدعوى باعتبار الفدان المذكور مملوكاً لهؤلاء الأخوة الأربعة دون باقى الورثة ، وذلك طبقاً للعقد المحرر بينهم السالف ذكره ، فهذ الحكم فى صورته هذه يكون قد جاء على خلاف الحكم السابق الصادر بين الخصوم أنفسهم والحائز لحجية الأمر المقضى ، ويكون متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٤ ص ٦٤١) .

وهناك أحكام نفت وجود منطوق ضمنى تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا قضى الحكم للمدعى بتقديم الحساب عن غلة عين يملكها دون أن يرد فى منطوقه ولا فى =

دعوى عارضة[1] (demande reconventionnelle) ، أو أثيرت مسألة أولية (question préjudicielle) من أى الخصمين ، فقضى الحكم فى كل هذا ، فان المنطوق الصادر فى جميع هذه المسائل الفرعية تكون له حجية الأمر المقضى كالمنطوق الصادر فى الدعوى الأصلية[2] .

= أسبابه ذكر لتكاليف ما أنشأه المدعى عليه فى العين من المبانى أثناء وضع يده ، فهذا الحكم لا يمنع المدعى عليه المذكور من مطالبة المدعى فيما بعد بتكاليف هذا الذى أنشأه من ماله الخاص ، مادامت الملكية شيئاً وتكاليف البناء شيئاً آخر ، وما دام الحكم لا يؤخذ منه حتماً وبطريق اللزوم العقلى أنه قضى فى شأن هذه التكاليف (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٢ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا دار النزاع فى دعوى قسمة حول سبق وقوع القسمة بالتراضى ، ثم أصدرت المحكمة حكمها بندب خبير لإجراء القسمة ، فإن حجية هذا الحكم تقف عند حد نفى القسمة التى كانت وحدها موضع الجدل والتدافع بين طرفى الخصومة . والاحترام الواجب لهذا الحكم فى حدود هذه الحجية ليس من شأنه أن يمنع المدعى عليهم فى دعوى القسمة ، وهم من صدر الحكم عليهم ، من أن يدعوا ملكية بعض الأعيان التى قالوا بقسمتها تأسيساً على أنهم وضعوا يدهم على هذه الأعيان مفرزة بنية تملكها بالمدة الطويلة المكسبة للملكية . فإذا قضى لهم بالملكية على هـذا الأساس ، فلا يكون هذا القضاء مخالفاً لما قضى به من قبل من نفى وقوع القسمة . فإن نفى القسمة لايقتضى حتماً قيام الشيوع إلى اليوم الذى صدر فيه الحكم الذى نفى القسمة ، إذ لا تلازم بين انتفاء القسمة وقيام الشيوع ، لأن واحداً من الملاك المشتاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم له هذا التملك بإنقضاء المدة الطويلة المكسبة للملك ، وفى هذه الصورة لا يوجد شيوع ، على أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ص ١٤٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا طعن فى عقد بالتزوير ثم أخفق الطاعن ، فذلك لا يمنعه من أن يطعن فى ذات العقد بأنه وصية ، لأن الطعن فى العقد بأنه وصية لا ينافى صدوره ممن أسند إليه (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر حكم بإجراء القسمة على أساس حكم بتقسيم الميراث صدر من المحكمة الشرعية فى حق بعض الورثة وحكم من محكمة الاستئناف المدنية بالتعويل فى حق وارث آخر على حكم المحكمة الشرعية ، فإن صيرورة حكم القسمة نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضى لا يحول دون الطعن بالنقض فى حكم محكمة الاستئناف ، لأن مصير هذا الحكم إذ يكون معلقاً بنتيجة الفصل فى الطعن فيه فإن حكم القسمة يتعلق بهذا المصير نفسه (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش صفحة ٧٧١) .

(١) نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٥ ص ٦٣٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٤ — ولكن الحكم بإجابة الطلب الأصلى لا يكون حجة فى رفض الطلب الاحتياطى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى قد تقدم إلى المحكمة بطلبين أحدهما أصلى والآخر احتياطى ، فانه إذا ما أجيب الطلب الأصلى سقط الطلب الاحتياطى من تلقاء نفسه واندفع عن الدعوى فأصبح غير ماثل فى الخصومة ، إذ المدعى لا يريد =

على أن المنطوق لا تكون له حجية الأمر المقضى إلا حيث يفصل فى مسألة واقع لا فى مسألة قانون[١] . ويجب أن يفصل فى نزاع كان محل مناقشة بين الخصمين ، وتقدم فيه كل منهما بدفاعه وطلباته[٢] . أما ماعسى أن يرد فى المنطوق من عبارات عارضة لم تكن محل مناقشة ، فليست لها حجية الأمر المقضى[٣] . مثل ذلك أن يقضى الحكم على المدين بدفع فوائد الدين دون أن يناقش مقدار هذا الدين بين الخصمين فى الدعوى ، فالمنطوق الذى يرد فيه ذكر مقدار الدين

= أن يتصل القاضى بالطلب الاحتياطى إلا إذا لم يقض له بالطلب الأصلى . وإذا كانت المحكمة حين قضت للمدعى بالطلب الأصلى قد أسست ذلك على سبب واحد هو قولها : « إن الدعوى صحيحة من المستندات المقدمة من المدعى وعدم تقديم ما ينفيها » ، ثم ختمت منطوق الحكم بعبارة « ورفض ما عدا ذلك من الطلبات » ، ولم يكن فيما أوردت فى حكمها ما يفيد أنها أرادت أن تبت فى موضوع تلك الطلبات الاحتياطية ، فان غاية ما تحمل عليه هذه العبارة أنها من قبيل مجرد التحرز الذى جرى القضاة على اختتام أحكامهم به ، إذ أنه لا محل للطلبات الاحتياطية بعد قبول الطلبات الأصلية . وإذن فلا يعتبر الطلب الاحتياطى مقضياً برفضه ، ولا يمتنع تجديد المطالبة به فى دعوى ثانية . وعلى ذلك فاذا رفع الدائن على مدينيه دعوى طالباً إلزامهم أصلياً بتسليم مقدار من المحصولات لبيعه واستيفاء دينه من ثمنه بطريق الامتياز تنفيذاً لعقد المديونية ، واحتياطياً إلزامهم بدفع مبلغ الدين متضامنين ، وقضت المحكمة له بطلبه الأصلى ، ثم لما لم يستوف بتنفيذ الحكم كل دينه رفع دعوى ثانية بطلب إلزام المدينين بدفع باقى الدين متضامنين ، فان موضوع الدعوى الثانية يكون مختلفاً عن الموضوع المقضى فيه فى الدعوى الأولى . فإذا حكم فى الدعوى الثانية بعدم جواز نظرها بمقولة إنه بالحكم الصادر فى الدعوى الأولى قد سبق الفصل برفض طلب التضامن فى المديونية ، فهذا الحكم يكون مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٢ ص ٦٥٤) — وكذلك رفض الدفع بحجية الأمر المقضى لا يعتبر فصلا فى سائر الدفوع التى لم يكن قد فصل فيها . وقد قضت محكمة النقض بأن قرار محكمة الاستئناف برفض الدفع بحجية الأمر المقضى وبإحالة القضية على محكمة الدرجة الأولى لنظر الموضوع ، ليس معناه رفض ماعسى يكون قدم فيها من دفوع أخرى لم يكن فصل فيها ، بل معناه نظر القضية من جديد من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، فلكل خصم أن يبدى ما يشاء من الدفوع بشرط ألا تتعارض مع ما قضت به محكمة الاستئناف فى حكمها المطعون فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) .

(١) استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٨ — ويكون للحكم حجية الأمر المقضى ولو اشتمل على خطأ فى القانون (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥) ، ولو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يطعن فيه بالالتماس (بنى سويف الكلية ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٦ .

على نحو عارض لا تكون له حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المسألة (١) .

٣٦١ — أسباب الحكم : أما أسباب الحكم فلا تكون لها حجية الأمر المقضى فيما عرضت له من المسائل ، أياً كانت هذه المسائل ، ومهما بلغ من صراحة الأسباب ، ما لم تكن هذه المسائل قد ذكرت فى منطوق الحكم قبولا أو رفضاً على النحو الذى بيناه فيما تقدم(٢) .

على أن هناك من الأسباب ما تكون له الحجية . وهى الأسباب التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم ، تحدد معناه أو تكمله ، بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، وبحيث إذا عزل عنها صار مبهماً أو ناقصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان منطوق الحكم مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بأسبابه ونتيجة لازمة لها ، فان هذه الأسباب تحوز حجية الأمر المقضى ، فاذا كان مدار النزاع فى الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعى للأرض خالصة له وحده أو أن له

---

(١) ولا حجية لحكم ذكر الورثة ولم يفصل فى نصيب كل منهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٨) ، أو وصف دائناً للشركة بأنه دائن غير مباشر ثم أضاف أن هذه المسألة ليست محل بحث (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٠) ، أو وصف الخصم بأنه نائب نيابة قانونية دون أن تكون هذه الصفة محل مناقشة بين الخصوم (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٠) ، أو قضى بالنفقة دون أن يناقش قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فلا حجية للحكم بالنسبة إلى هذه القرابة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤) ، أو ذكر عرضاً أن المدعى عجز عن إثبات حقه فى الميراث دون أن يطرح موضوع الميراث على بساط البحث بين الخصمين ودون أن يستلزم طرحه الدفاع فى الدعوى (سوهاج الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) .

انظر أيضاً فى هذه المسألة : نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٨ ص ٥٥٢ — ٢٦ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ — بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ — شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ . استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٠ — ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٠ — ٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٤٤ — ٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٧ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢١ — ومن ثم لا يجوز استئناف أسباب الحكم وحدها دون المنطوق ، إذ المنطوق هو الذى يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٧) .

شركاء على الشيوع فيها ، وقد قضت المحكمة للمدعى بطلباته أخذاً بما انتهى إليه الخبير من أن الأرض موضوع النزاع هى ضمن مساحة مملوكة كلها للمدعى ومحدودة وغير شائعة فى أطيان أخرى وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة فى أسباب حكمها المشار إليه من أن قسمة نهائية واقعية حصلت بين المدعى وشركائه فى الملك الشائع اختص بموجبها المدعى بأطيانه مفرزة ، فان هذا الحكم يكون حائزاً فى خصوص مسألة القسمة حجية الأمر المقضى ، مانعاً من العود إلى المناقشة فيها فى أى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع[1] . وقضت أيضاً بأنه لا مانع من أن بعض المقضى به يكون فى الأسباب ، فاذا قضت المحكمة ببطلان عقد بيع بعد أن استعرضت فى أسباب حكمها الأوجه التى دار النزاع حولها طلباً ودفعاً ، وبحثت هذه الأوجه ، وفصلت فيها فصلا قاطعاً ، وخلصت من بحثها إلى النتيجة التى حكمت بها ، فمعنى ذلك أنها بعد أن قضت فى هذه المسائل وضعت قضاءها فيها فى أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم ببطلان البيع ، وهو نتيجة ما وضعته فى الأسباب ، فأصبح الحكم فاصلا فى جميع نقط النزاع المتقدمة الذكر طلباً ودفعاً[2] . أما إذا كانت المحكمة قد عرضت ، تزيداً

(١) نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٢ ص ٢٩٣ .

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٦ ص ٤٢٨ — وقضت أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أنه فصل فى أسبابه فصلا قاطعاً (أولا) فى أن الأرض الفضاء لا تدخل ضمن عقد إيجار المنزل و(ثانياً) فى وجوب الأخذ بأجر المثل فى تحديد أجرة المنزل و(ثالثاً) فى اعتبار عقد الإيجار منتهياً ، فان المحكمة لا تكون قد أخطأت إذ قضت بعدم قبول استئناف هذا الحكم لفوات ميعاده فيما يختص بهذه المسائل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٠ ص ٤٨٢) . وقضت بأن الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون معه وحدة لا تتجزأ (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا قرر المجلس الحسبى الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنهم قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، ورفع الأمر إلى القضاء ، وتمسك ورثة الأخ الأول بأن الصلح صحيح بالنسبة للبالغين ، فحكمت المحكمة فى الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البلغ وتأييد ندب خبير لتصفية حساب القصر وحدهم ، فهذا الحكم وإن كان منطوقه لم يرد به ذكر للصلح ، إلا أنه ، ما دام قد عرض فى أسبابه للصلح وفصل فيه فصلا قاطعا ورتب قضاءه على ذلك ، يحوز حجية الأمر المقضى فيما يختص بالصلح ، لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً ، وإذن فلا يصح فيما بعد التمسك بهذا الصلح فى مواجهة القصر ، قولا بأن قرار المجلس الحسبى بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ ما دامت وزارة العدل لم تطعن فى هذا القرار بالاستئناف ، وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره =

فى بعض أسبابها ، إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها ، أو لم تكن بها حاجة إليها للفصل فى الدعوى ، فان ما عرضت له من ذلك فى أسباب حكمها لا تكون له حجية الأمر المقضى (١) .

= (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا صرحت المحكمة فى أسباب حكمها بأن عقود الإيجار التى تمسك بها الدائن المرتهن فى تقدير الريع هى عقود صورية ، فإن هذا القضاء القطعى فى صورية هذه العقود وفى عدم الاعتداد بها يحوز حجية الأمر المقضى لوروده فى أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقه ، وعلى ذلك فإذا أخذت المحكمة عند تصفية الحساب فيما بعد بالأجرة الواردة فى عقود الإيجار ، كان حكمها مخالفاً للقضاء السابق متعيناً نقضه (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٤ ص ٣٦٢) .

انظر أيضاً : نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٣ ص ٢٣٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٨ ص ٣١٦ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢ — ٨ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٦٤٥ ص ١٣٥٩ — استئناف مصر ٧ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٣٨ — ١٠ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٢ ص ٦٧٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٩٦ — استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٣ ص ٢٤٠ — ١١ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣١ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦١ ص ٧٢٩ — استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٦ — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢ — ١٤ نوفبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦١ — ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٧ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٢ — ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ — ١٢ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٣ — ٢١ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٠ — ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٠ — ٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨١ — ٤ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٣ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

(١) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣ — وقضت أيضاً بأنه لا يهم عند القضاء فى دعوى الملكية أن يكون المشترى استرد مادفعه أو لم يسترده مادام طلب رد الثمن لم يكن معروضاً على القاضى . ولا يهم كذلك أن يكون البائع قد رد إلى المشترى ماقبضه من ثمن المبيع رداً مبرئاً لذمته أو أن يكون هذا الرد مشوباً بعيب يجعله غير مبرىء للذمة . وإذن فإذا تعرض القاضى فى أسباب حكمه إلى مالا تتأثر به دعوى الملكية من ذلك ، فأن مايعرض له يكون ، لعدم تعلقه بالطلب المرفوعة به الدعوى ولعدم اتصاله بالمنطوق ، عديم الأثر ، زائداً =

على أن أسباب الحكم التى لاتحوز حجية الأمر المقضى ، وهى التى لاتتصل اتصالا وثيقاً بالمنطوق ، قد يتمسك بها الخصوم أنفسهم فى دعوى أخرى تالية ، وتكون من بين أدلة الإثبات التى يتقدمون بها ، فيقدر القاضى دلالتها كما يقدر أى دليل آخر(١) .

٣٦٢ — **وقائع الدعوى** : أما وقائع الدعوى فهى فى الأصل لاحجية لها فى دعوى أخرى . وإنما هى حجة بما جاء فيها فى نفس الدعوى إذا طعن فى الحكم بالنقض ، فتتقيد محكمة النقض بما أثبتته محكمة الموضوع من الوقائع ولا تستطيع أن تحيد عنها . ولاتبسط رقابتها إلافى مسائل القانون .

ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصاً بدونها ، فتكون للوقائع عندئذ حجية الأمر المقضى فيما تكمل فيه المنطوق . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوضح فى منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به ، وكان هذا المقدار مبيناً فى عريضة افتتاح الدعوى وفى وقائع الحكم ، ولم ينازع فيه الخصم ، ولم تمس المحكمة من جهتها المقدار المذكور بأى نقصان ، فانه فى هذه الحالة الخاصة يتعين اعتبار وقائع الحكم ومنطوقه مكونين فى هذه النقطة لمجموع واحد لا يتجزأ ، بحيث يكون للحكم فيما يختص بذلك المقدار حجية الأمر المقضى(٢) .

= على حاجة الدعوى ، وهو على هذا الاعتبار لا يحوز كالمنطوق حجية الأمر المقضى (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) – وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعون قد طالبوا بمبلغ ما على اعتبار أنه استحقاقهم فى ريع وقف عن مدة معينة ، فقضى لهم بهذا المبلغ ، وجاء فى الحكم القاضى بذلك إشارة فى أسبابه إلى أنه كان يحق لهم أن يطالبوا بمبلغ أكبر عينه الحكم ، وصار هذا الحكم نهائياً ، فطالبوا بالفرق بين ماحكم لهم به وبين هذا المبلغ الذى عينه الحكم ، فرفضت المحكمة دعواهم على أساس ما أوردته فى حكمها من أسباب ، منها أن تلك الإشارة فى أسباب الحكم الأول لاحجية لها لخروجها عن نطاق الدعوى وعدم لزومها للفصل فيها ، وإنها إنما كانت دليلا للقضاء بموجبه لهم بالمبلغ الذى طلبوه على أنه كل مايستحقون لا جزء من استحقاقهم ، فلا تثريب فى ذلك على المحكمة (نقض مدنى ١٥ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤ – انظر أيضاً : نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٤ ص ١٦٣ .

المبحث الثانى

الشروط الواجب توافرها فى الحق المدعى به

٣٦٣ — شروط ثلاثة : لا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر أيضاً فى الحق المدعى به شروط ثلاثة :

(أولا) اتحاد الخصوم (identité de personnes) .

(ثانياً) اتحاد المحل (identité d'objet) .

(ثالثاً) اتحاد السبب (identité de cause)

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى فيما قدمناه إذ تقول « ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسبباً[1] » .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد الخاصة بحجية الأمر المقضى هى من القواعد الضيقة التفسير التى يجب الاحتراس من توسيع مدى شمولها ، منعاً للأضرار التى قد تترتب على هذا التوسيع . وإذن فكلما اختل أى شرط من شروط تلك القاعدة ، كالسبب أو الموضوع أو الأخصام ، بأن اختلف أيها فى الدعوى الثانية عما كان عليه فى الدعوى الأولى ، وجب التقرير بألا حجية للحكم الأول تمنع الدعوى الثانية (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) – انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٢ — ١٥ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٨ — ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢١ — ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ — ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٤ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ – ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ – ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٧ – ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٦ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ .

ومن ثم فدعوى البنوة المرفوعة أمام المحكمة الشرعية ودعوى شهادة الزور المرفوعة أمام محكمة الجنح بطلب عقاب الشهود الذين شهدوا فى دعوى البنوة هما دعويان مختلفان طلباً وسبباً وخصوماً ، والبحث فى أقوال الشهود أمام محكمة الجنح لا يعتبر تجديداً للنزاع فى البنوة التى ثبتت نهائياً بالحكم الشرعى ، لأن وحدة المسألة المبحوث فيها فى الدعويين وفى استنكار أو اعتبار شهادة الشهود لا تغير شيئاً من اختلاف الدعويين فى موضوعهما ، لا سيما أن الفقه الإسلامى إنما يوجب الضمان فقط على شهادة الزور ولكن لا يفسخ الحكم القائم على شهادتهم (دائرة النقض الجنائية ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥) .

المطلب الأول

اتحاد الخصوم

٣٦٤ — الحكم حجة على الخصوم أنفسهم : لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم أنفسهم . فالحكم كالعقد لا يسرى أثره إلا فى حق من كان طرفاً فيه ، ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير . فاذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين المؤجرة ، فان هذا الحكم لا يكون حجة إلا على من كان خصما فى الدعوى ، أى على المؤجر والمستأجر . أما غير هذين ، كالمشترى للعين المؤجرة ، فلا يكون الحكم حجة عليه ، وله بالرغم من هذا الحكم أن يرفع دعوى على المستأجر يطالبه فيها بالعين إذا لم يكن لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع . أما المؤجر ، وهو أحد الخصوم فى الحكم ، فلا يستطيع أن يرفع الدعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النزاع الذى سبق أن فصل فيه الحكم(١) .

ويرجع اشتراط اتحاد الخصوم فى حجية الأمر المقضى إلى مبدأ حياد القاضى الذى أسلفنا الإشارة إليه ، لا إلى الخشية من تعارض الأحكام . فقد كان يكفى لمنع تعارض الأحكام أن نشترط اتحاد المحل واتحاد السبب ، فيكون الحكم فى مسألة معينة حجة فى نفس المسألة متى اتحد المحل والسبب ، ويمتنع بذلك صدور حكم متعارض مع الحكم الأول . ولكننا اشترطنا أيضاً اتحاد الخصوم ، حتى إذا ما اختلف الخصوم لا يكون الحكم حجة ولو مع اتحاد المحل والسبب . ذلك بأن الخصوم فى الحكم الأول هم الذين تقدموا باثبات ادعاءاتهم ودفوعهم بالطرق التى ارتأوها والتى كانت فى أيديهم ، والقاضى محايد فى كل ذلك ، يترك الخصوم إلى أنفسهم يقوم كل بما يستطيع القيام به لإثبات ما يدعيه . فلا يجوز أن يكون الحكم الذى يصدره فى هذا الجو المحايد حجة على خصوم آخرين لم يدخلوا فى الدعوى الأولى، ولم يتمكنوا من تقدير ما بأيديهم من وسائل

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٧ .

لإثبات ما يدعون . والحقيقة القضائية ليست حقيقة مطلقة ، بل هى حقيقة نسبية كما سبق القول .

٣٦٥ – وعلى الخصوم بنفس صفاتهم : والمراد باتحاد الخصوم هو اتحادهم قانوناً لا طبيعة . فاذا كان لأحد الخصوم نائب مثله فى الدعوى – وكيل أو وصى أو قيم أو سنديك أو غير ذلك[1] – فالحكم حجة على الأصيل لا على النائب . ولا تمنع هذه الحجية النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد بصفته أصيلا لا نائباً . فاذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته ولياً عليه ، فرفضت دعواه ، فان هذا الحكم لا يمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه هو بصفته أصيلا[2] . والحكم على سنديك بهذه الصفة ليس حجة عليه بصفته الشخصية[3] . والحكم على مستحق فى الوقف ليس حجة على الوقف ذاته ، ولا مقاصة بين حق للوقف ودين على أحد

---

(١) وقد يكون هذا الممثل هو الوارث الظاهر . فالحكم الصادر فى مواجهة الوارث الظاهر ، له أو عليه ، يكون حجة للوارث الحقيقى أو حجة عليه ، وذلك وفقاً لنظرية الوارث الظاهر (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٨ — ولكن الحكم يكون حجة على الابن ، فلا يستطيع بعد بلوغه سن الرشد أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد . ويشترط لذلك أن يكون الأب قد سار فى الدعوى فى حدود نيابته ولم يجاوز سلطته الشرعية . وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الانتهائية الصادرة فى مواجهة ممثل الخصم لاتسرى على نفس الخصم إلا فى حدود نيابة الممثل والسلطة المخولة له . وإذن فالقيم إذا عقد اتفاقاً عن محجوره واشترط فيه التقاضى فى كل نزاع بشأنه أمام محكمة جزئية بعينها تفصل فيه نهائياً ، فإنه يكون متجاوزاً فى ذلك حدود سلطته بتنازله عن حق محجوره فى نظر النزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه ، جزئية كانت أو كلية حسب القانون ، وفى نظره أمام جميع درجات التقاضى ، ذلك التنازل الذى لا يملكه القيم إلا بإذن من المجلس الحسبى لما فيه من الأضرار بالمحجور عليه ، قياساً على الصلح الذى أوجب القانون صراحة الإذن به وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق . وإذن فالحكم الذى يبنى على هذا الاتفاق لا يلتزم به المحجور عليه ، بل يعتبر أنه صدر على شخص القيم مجرداً عن صفته ، وإعلانه إلى القيم الجديد لا يترتب عليه أى أثر على الإطلاق ، فهو لا يمنعه من أن يخاصم باسم محجوره بدعوى أخرى (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ٢٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ نوفبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٦ – ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ – ولكن الحكم على السنديك بهذه الصفة حجة على جميع الدائنين ، إلا إذا وجد لأحد منهم صالح خاص (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٤) .

المستحقين (١). والحكم على خصم بصفته صاحب الحق المدعى به لا يكون حجة عليه إذا رفع الدعوى من جديد باعتباره متنازلا له عن هذا الحق من صاحبه (٢).

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى اتحاد الخصوم فيما يتعلق بحجية الأمر المقضى إنما هى بالخصوم من حيث صفاتهم لامن حيث أشخاصهم ، وإذن فالحكم الصادر فى وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا الخصم باعتباره ناظراً على وقف ، فإن صفة النظارة للخصم قد تتعارض مع صفته الشخصية (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص ١١٤) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لا يؤثر على وضع يد الوقف ولا يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إليه (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٨ — ص ٤٢٩ — وقضت محكمة النقض بأن الحكم الذى يصدر فى دعوى الاستحقاق الفرعية فى إجراءات التنفيذ على العقار يكون حجة على المدين المنزوعة ملكيته المختصم فيها ، لأنه خصم حقيقى فيها ولا تنعقد الخصومة بدونه ، إذ أوجبت المادة ٥٩٥ مرافعات (٧٠٥ جديد) إقامة الدعوى عليه (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٠ ص ٦٤٩) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى دعوى الاسترداد غيابياً بالنسبة إلى بعض الخصوم يصبح نهائياً بالنسبة إلى هذا البعض إذا لم يستأنفوه فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، ومتى أصبح نهائياً فلا يجوز إهدار حجيته بمقولة إنه صدر بالتواطؤ بين من صدر له وأحد الخصوم (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٩ ص٩٨) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفع دائن دعواه على مدينه المؤجر وعلى المستأجر منه طالباً إلغاء عقد الإيجار المبرم بينهما لصوريته ، ورفع المستأجر دعوى فرعية طلب فيها الحكم بصحة العقد وإلزام الدائن والحارس المعين بناء على طلبه بتعويض ، فقضى بصورية العقد وبرفض الدعوى الفرعية ، ثم رفع المستأجر دعوى على المؤجر طلب فيها الحكم عليه بمبلغ عينه ، هو ما عجله له من أجرة الأرض وما تكلفه من المصاريف وما قدره لنفسه من التعويض ، فدفع المؤجر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، فقضى برفض هذا الدفع على أساس ما هو ثابت من أنه فى الدعوى الأولى لم يوجه المستأجر إلى المؤجر أى طلب وأن الحارس لا يمثل المؤجر فيما وجهه إليه المستأجر من طلبات ، فهذا الحكم لا يكون مخلا بحجية الأمر المقضى ، إذ الخصمان فى الدعوى التى صدر فيها لم يكن أحدهما خصما للآخر فى الدعوى السابق الفصل فيها (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧١ ص ٣٨١ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش ص ٣٨١ – ص ٣٨٢) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم على شركة بالتضامن حجة على جميع الشركاء بأشخاصهم ، ويجوز تنفيذه على كل منهم بمفرده دون حاجة إلى حكم آخر عليه (٤ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان تظهير الكمبيالة لا يعدل إلا توكيلا ، فالحكم على حامل الكمبيالة (الوكيل) حجة على المظهر (الموكل) . (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٤) – وقضت محكمة الإسكندرية الكلية بأن اختلاف الحاضرين فى دعوى استرداد يخل =

٣٦٦ — وهو حجة على خلف الخصوم : وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم ، بل هو حجة أيضاً على خلف الخصم ، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً .

فهو حجة على الخلف العام . وتكون له حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى ورثة كل من الخصمين ، والموصى لهم بجزء من مجموع التركة . فهؤلاء يكونون محكوماً لهم أو محكوماً عليهم تبعاً لما إذا كان السلف هو الخصم الذى كسب الدعوى أو الخصم الذى خسرها . ولكنهم لا يكونون خلفاً عاماً إلا باعتبار أنهم يتلقون هذا الحق من مورثهم . فلو أن المورث باع عيناً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع فيها ، ثم رفع عليه المشترى دعوى يطلب الحكم فيها بصحة البيع ، فحكم له بذلك ، فان هذا الحكم لا يكون حجة على الورثة الذين يتمسكون بأن البيع حقيقته وصية تزيد على الثلث ، مستندين فى ذلك إلى المادة ٩١٧ من التقنين المدنى . ذلك بأن الورثة ، وهم يطعنون فى البيع ، يستعملون حقاً خاصاً بهم لا حقاً تلقوه عن مورثهم ، فلا يكون الحكم الصادر فى مواجهة مورثهم حجة عليهم (١) .

وهو حجة على الخلف الخاص . ويشترط فى ذلك أن يكون الحكم متعلقاً بالعين التى انتقلت إلى الخلف الخاص ، وأن تكون الدعوى التى صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص(٢) . مثل ذلك

= بشرط اتحاد الخصوم إخلالا جوهرياً ، حتى لو كان المدين المحجوز عليه والمسترد فيهما واحداً ، وذلك لأن الحاجز فى دعوى الاسترداد هو الخصم المهاجم وهو صاحب المصلحة الحقيقية (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٨٩٥) .

(١) وعند ما كان الوقف الأهلى قائماً ، كانت ورثة المستحق فى الوقف الذين يلونه فى الاستحقاق لا يتلقون حقهم فى الاستحقاق عن مورثهم ، بل عن الواقف رأساً . وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأن الأحكام الصادرة فى مواجهة مستحق فى الوقف لا تسرى على ورثته ، لأن الصفة فى الدعوى غير متعدية (٢٩ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٩) — وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى وجه إنسان لا يكون حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى ، مستغنياً بهذا السبب الأخير عن التلقى (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٤ ص ٤٠٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٠ — ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٨ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣ — ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٣ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ .

أن يصدر حكم على مالك أرض بوجود حق ارتفاق على هـذه الأرض ، وبعد رفع الدعوى وتسجيل صحيفتها ، يبيع المالك الأرض ، فيكون الحكم فى هذه الحالة حجة على المشترى لأنه الخلف الخاص للبائع[1]. أما إذا كان تسجيل البيع سابقاً على تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها الحكم ، فلا يكون المشترى خلفاً خاصاً ، ولا يكون الحكم حجة عليه[2]. وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى نزاع على ملـكية عقار لا يكون نافذاً على من اشتروا وسجلوا عقدهم قبل رفع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، لأن من اشتروا قد أصبحوا بعد البيع ذوى حق خاص ، ولم يبق للبائع صفة فى المخاصمة بالنيابة عنهم بشأن هذا الحق ، وعلى ذلك فلا يكون للحكم الصادر فى دعوى تثبيت الملـكية ضد البائع حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى المشترى(٣) . وعلى العكس من ذلك ، إذا

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الصادر فى مواجهة البائع حجة على المشترى إذا كان البيع تالياً لصدور الحـكم ، ولو كان هذا الحكم غير نهائى (٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥) — ولو كان هذا الحكم صادراً من محكمة أهلية بين وطنيين وكان الخلف الخاص أجنبياً (٣ يونية سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٥٠ — ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ — ٢٨ نوفبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٠ — ١١ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٨) — ولو لم يسجل المحكوم له الحكم الصادر لصالحه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص١٤٨ — ٢٩ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٩٠ — ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٣ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤٩) .

والحكم الصادر لدائن التركة على الوارث حجة على المشترى من الوارث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠) — والحكم على المستأجر الممنوع من الإيجار من الباطن بالإخلاء حجة على المستأجر من الباطن ولو لم يدخل فى الدعوى (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٠ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٤٥) — والحكم بالشفعة على مشتر حجة على المشترى من هذا المشترى (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص ٢٥٤) .

(٢) استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥١ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ — ١٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ — أما إذا كان تسجيل البيع فى أثناء رفع الدعوى وبعد تسجيل صحيفتها فالحكم حجة (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٠ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٤ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ — انظر أيضاً : نقض مدنى ٢ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٢ ص ١٠ — ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ — ٥ أبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢. =

رفع شخص دعوى استحقاق على المشترى دون إدخال البائع خصما فى الدعوى ، وحكم للمدعى بالاستحقاق ، فان هذا الحكم لايكون حجة على البائع(1) .

٣٦٧ – كما هو حجة على الدائنين : ويكون الحكم حجة أيضاً على

= وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الدعوى المقامة من الدائن المرتهن حيازياً على المدين الراهن بمطالبته بالدين وحبس العين المرهونة لا يكون للحكم الصادر فيها بطلبات المدعى حجية قبل من اشترى الأرض بعقد مسجل قبل الرهن . فإذا باع هذا المشترى الأرض المذكورة إلى آخر بعقد غير مسجل ، وأقام المشترى الثانى دعوى على البائع له وعلى المرتهن طالباً الحكم له بصحة العقد العرفى الصادر له ونفاذه وشطب التسجيلات الموقعة على الأرض ومحوها ، بانياً دعواه على أن عقد الرهن صدر من غير مالك بعد عقد الشراء المسجل الصادر لبائعه ، فحكم فى هذه الدعوى بطلباته ، فهذا الحكم لا يعتبر مخالفاً للحكم السابق صدوره بإلزام المدين بالدين وحبس العين (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣) . وقضت أيضاً بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لايعتبر ممثلا للمشترى منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة . وإذن فمتى كان أحد الشركاء فى ملك شائع رفع دعوى بفرز وتجنيب نصيبه فى هذا الملك ، وأثناء سير الدعوى اشترى المطعون عليهما الأولان الحصة الشائعة لأحد الشركاء ، وأرادا التدخل فى دعوى القسمة فرفضت المحكمة تدخلهما بناء على اعتراض أحد الشركاء ، وسارت إجراءات القسمة فى غير مواجهتهما ، فلا يكون الحكم الصادر فى دعوى القسمة المشار إليها بتخصيص كل من طالبى القسمة بنصيب مفرز حجة عليهما (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٣٧٠) .

انظر أيضاً : محكمة الاستئناف الأهلية ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٥١ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٩ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ – ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٤ — وقارن : استئناف أهلى ١٠ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٣ .

والحكم الصادر بانقضاء الدين يكون حجة على المتنازل له عن هذا الدين إذا كان إعلان هذا التنازل إلى المدين لاحقاً لصحيفة الدعوى بانقضاء الدين (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٨) .

وانظر فى هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء ٢ ص ٢٤٦ – ص ٢٧٦ .

(1) نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٧ ص ٦٣٥ — استئناف أهلى ١٠ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٣ — مصر الأهلية ٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٧ ص ٣٧ — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ .

دائنى الخصم . فاذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التى وضع يده عليها ، فان هذا الحكم يكون حجة على دائنى هذا الشخص ، ومن ثم لا تعتبر العين مملوكة لمدينهم ، ولا يستطيعون التنفيذ عليها . ويستوى فى ذلك أن تكون حقوق الدائنين تالية لرفع دعوى الاستحقاق أو سابقة عليها[1]. كذلك إذا صدر الحكم فى دعوى الاستحقاق لصالح المدين وقضى برفض دعوى المستحق ، فان هذا الحكم يكون حجة للدائنين . وإذا كان المدين يمثل دائنه فى الأحكام التى تصدر عليه أو له ، فان الدائن على العكس من ذلك لا يمثل المدين[2] . ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى باسم مدينه ، مستعملا حق المدين وفقاً للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى ، فان الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى لا يكون حجة على المدين ما لم يكن قد أدخل فى الدعوى ، وبذلك قضت المادة ٢٣٥ سالفة الذكر إذ نصت على أنه « لا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى » . ولا يكون الحكم كذلك حجة على الدائنين الآخرين إلا إذا أدخلهم المدعى عليه فى الدعوى [3] .

على أن تمثيل المدين لدائنه ، فى الأحكام التى تصدر عليه ، لا يستقيم فى جميع الأحوال. فهناك أحوال ثلاثة يكون الدائن فيها من الغير بالنسبة إلى الحكم الذى يصدر ضد المدين ، ولا يسرى هذا الحكم فى حقه :

(الحالة الأولى) إذا تواطأ المدين مع خصمه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم ضده ، أو تعمد خسارة الدعوى إضراراً بدائنه ، أو أهمل إهمالا جسيما فى الدفاع عن حقه . فى هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب اعتباره من الغير ، فلا يسرى الحكم فى حقه . وهذا ما يفعله الدائن أيضاً فى الدعوى البولصية عندما يطعن فى التصرف الصادر من مدينه إضراراً بحقه . وهو إذا كان يلجأ فى اعتبار التصرف غير سار فى حقه إلى الدعوى البولصية ، فانه يلجأ فى اعتبار الحكم غير سار فى حقه إلى اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition).

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ (ولو كان الحكم ، وقت قيام المحاكم المختلطة ، صادراً من محكمة وطنية بين وطنيين وكان الدائن أجنبياً) .

(٢) على أن الدائن يمثل الدائنين الآخرين عند مباشرته لإجراءات نزع الملكية فى كل ما يفيد هؤلاء (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — وهذا ما لم تدفع الدعوى بعدم قبولها لعدم ادخال المدين خصما فيها .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم »(١) . وسنرى فيما يلى أن الغير الذى لا يسرى الحكم فى حقه ، كالدائن المتضامن والمدين المتضامن ، يستطيع أيضاً أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة (٢) . ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين الدائن والغير . فالحكم الصادر ضد المدين يسرى فى حق الدائن ، إلى أن يتمكن هذا من إلغائه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو الطريق الوحيد المفتوح أمامه لتحقيق هذا الغرض . أما الغير — والحكم لا يسرى فى حقه — يستطيع أن يتجاهل هذا الحكم دون أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة ، ويستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة دون أن يحتج عليه بالحكم فهو غير سار فى حقه كما قدمنا(٣).

ويلاحظ أن الدائن ، عندما يطعن فى الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، إنما يستعمل حقاً خاصاً به جعله القانون لحمايته ، لا حقاً مستمداً من المدين(٤). وهذا هو أيضاً ما يفعل فى الدعوى البولصية ، فهو يستعمل حقاً خاصاً به ، لا حقاً مستمداً من المدين ، عندما يطعن فى التصرف الصادر من هذا المدين .

(الحالة الثانية) إذا صدر حكم فيما بين المدين وأحد دائنيه بأن للدائن حق

---

(١) وتنص المادة ٤٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يبقى للخارج عن الخصومة الحق فى الاعتراض على الحكم ما لم يسقط حقه بمضى المدة » . وتنص المادة ٤٥٥ على أنه « يترتب على الاعتراض على الحكم إعادة طرح الخصومة على المحكمة من جديد ، ولا يستفيد من الحكم الصادر فيه غير من رفعه ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك » .

(٢) ولا يشترط إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما سنرى .

(٣) انظر فى هذه المسألة جان مارى أوسل (Aussel) فى رسالته عن الغير فى القانون المدنى الفرنسى مونپلييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٣٤ – ص ٢٤١ — دى باج جزء ٣ ص ١٠١٠ – ص ١٠١٤ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٤١٥ – ص ٤٢٤ — الأستاذ عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات فقرة ٤٣٢ ص ٥٩٩ — الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات ص ٦٥١ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢٣ نوفبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٣ .

امتياز أو حق أولوية من أى نوع كان . فان هذا الحكم لا يكون حجة على بقية الدائنين . ذلك أن التفاضل ما بين الدائنين أمر يخص هؤلاء الدائنين وحدهم ، ولا يمثلهم فيه المدين . فالدائن الذى لا يدخل خصما فى الدعوى لا يكون الحكم بتأخره عن دائن آخر حجة عليه[١]. بل إن الحكم بصحة الدين الصادر فى مواجهة المدين لا يمنع دائناً آخر لنفس المدين من أن يطعن فى هـذا الدين بالصورية[٢]. والدائن ، وهو يتمسك بصحة الدين أو بحق الأولوية ، إنما يستعمل هنا أيضاً حقاً خاصاً به ، لا حقاً مستمداً من المدين[٣] .

(الحالة الثالثة) الدائن المرتهن لا يمثله المدين ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، إذا كان حق الرهن قد أصبح نافذاً فى حق الغير قبل رفع الدعوى ، فاذا رفعت على المدين دعوى باستحقاق العين المرهونة ، وكسب المدعى دعواه ، فان الحكم الصادر باستحقاق العين لا يكون حجة على الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، ما لم يكن هـذا الدائن قد أدخل خصما فى هذه الدعوى . ونرى من ذلك أن الدائن المرتهن يعامل ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، معاملة الخلف الخاص[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٢٦ يونيه سـنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . وقارب : نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤١ ص ٤١٢ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٩ وهامش رقم ٣٧ .

(٤) وهذا مايذهب إليه الفقه الفرنسى (ديرانتون ١٣ فقرة ٥٠٧ — ماركاديه م ١٣٥١ فقرة ١٢ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٧ ص ١٠٢٤ — عكس ذلك : لاروميير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١١٧) . أما القضاء الفرنسى فيعتبر الدائن المرتهن كالدائن العادى من حيث سريان الحكم الصادر ضد المدين فى حقه (نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤—١—٣٤ — محكمة باريس الاستئنافية ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤—٢—١٥٤) .

وكان القضاء المختلط فى مصر يذهب ، فى أكثر أحكامه ، إلى أن الدائن المرتهن لا يسرى فى حقه ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، الحكم الصادر ضد المدين ، شأنه فى ذلك شأن الخلف الخاص : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٣٠ — ٣ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٣ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ١٣ ص ١٤٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ — ٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٥ — ٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٠ =

٣٦٨ — ولكنه ليس حجة على الغير : أما غير الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادى ، فلا يكون الحكم حجة عليه (Res inter alios judicata)[(١)] . فالغيرية فى الحكم لاتختلف فى جوهرها عن الغيرية فى العقد[(٢)] .

ومن الأمثلة على الغير ، الذى لا يسرى فى حقه الحكم الصادر ضد المدين ، المالك فى الشيوع ، والمدين المتضامن ، والدائن المتضامن ، والكفيل ، والوارث بالنسبة إلى سائر الورثة .

فلو صدر حكم ضد أحد الملاك فى الشيوع ، فانه لا يكون حجة على بقية الملاك فى الشيوع الآخرين ما داموا لم يختصموا فى الدعوى[(٣)] .

أما المدينون المتضامنون أو الدائنون المتضامنون ، والكفلاء ولو كانوا متضامنين[(٤)] ، فان الحكم الصادر لمصلحة أحد منهم يفيد الباقى ، ولكن الحكم الصادر ضد أحد لا يكون حجة على الباقين . وقد طبقت المادة ٢٩٦

= انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ — وعلى كل حال يجوز للدائن المرتهن أن يطعن باعتراض الخارج عن الخصومة فى الحكم الصادر ضد المدين ، عن طريق التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم ، حتى يجعل هذا الحكم لا يسرى فى حقه . وهذا ما يملكه حتى الدائن العادى ، فأولى أن يملكه الدائن المرتهن (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨) .

(١) وذلك لا يمنع من أن يواجه الغير بالحكم كدليل من أدلة الإثبات يقدره القاضى ، وللغير أن ينقضه بدليل عكسى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٠) .

(٢) قارن جان مارى أوسل (Aussel) فى رسالته عن الغير فى القانون المدنى الفرنسى فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ .

(٣) استئناف أهلى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٢/١ — قارن استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٣ .

(٤) ويذهب القضاء وغالبية الفقه فى فرنسا إلى أن الكفيل يسرى فى حقه الحكم الصادر ضد المدين ، ويجوز للكفيل أن يطعن فى هذا الحكم باعتراض الخارج عن الخصومة (تولييه ١٠ فقرة ٢١١ — بونييه ٢ فقرة ٨٨٦ — لارومبيير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١٠٠ — وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٠ وهما يفندان بالتفصيل حجج القائلين بسريان الحكم فى حق الكفيل) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذى يعين مبلغ الدين القائم فى ذمة المدين يكون حجة على الكفيل (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٦ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨) .

من التقنين المدنى هذا المبدأ على المدينين المتضامنين ، فنصت على ما يأتى : « ١ — إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين . ٢ — أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه » . والأصل فى ذلك أن التضامن فيه معنى النيابة فيما ينفع لا فيما يضر[1] . وكالتضامن عدم قابلية الالتزام للتجزئة .

أما الورثة فلا يمثل بعضهم بعضاً ، ولا يسرى الحكم الصادر فى مواجهة أحدهم فى حق الباقى ، إلا إذا ثبت أن الوارث قد كان خصما فى الدعوى باعتباره ممثلا للتركة . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ممكناً الأخذ بها لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم أو خوصم فى الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها ، أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه فى الدين ، ذلك النصيب المحدد المطلوب منه فى الدعوى ؛ فان الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود ، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة[2].

---

(١) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٨ . ولكن إذا كان كل المدينين المتضامنين قد دخلوا فى الدعوى ، فحكم لبعضهم ، فلا يفيد هذا الحكم من لم يحكم له منهم (بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذى لم يظهر فى الخصومة يعتبر ممثلا فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر ، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذى يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكوماً عليه مباشرة بل يكون من الغير الذى له حق الطعن بالتعدى فلا يحوز الحكم قبله حجية ما . فالحكم الذى يعتبر حكماً شرعياً متعدياً إلى أحد الورثة ، وأنه يحوز قبله حجية الأمر المقضى أسوة بأخويه المحكوم عليهما فى نفس الحكم ، يكون مخطئاً (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا رفع أحد الدائنين دعواه على مدينه وعلى من تصرف له المدين من أولاده بطلب إبطال هذا التصرف ، فإن الخصوم فى هذه الدعوى يعتبرون مختلفين عن الخصوم فى دعوى المنازعة فى صحة التصرف التى تقوم فيما بعد بين بعض ورثة المدين وبين من صدر إليهم التصرف . فاذا كان قد حكم فى الدعوى الأولى =

وقد قدمنا أن الغير لا يجبر على الطعن فى الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، لأن هذا الحكم ليس حجة عليه ولا يسرى فى حقه ، فهو فى غير حاجة إلى مهاجمته . ولكنه مع ذلك يستطيع أن يستبق الحوادث وأن يهاجم هذا الحكم ، فيطعن فيه باعتراض الخارج عن الخصومة ، ويؤكد عن طريق القضاء أنه من الغير بالنسبة إليه فلا يجوز أن يسرى فى حقه . ولا يشترط لنجاح هذا الطعن إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما يشترط ذلك فى نجاح طعن الدائن . وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات بذلك إذ نصت على ما يأتى : « وكذلك يجوز للدائنين والمدينين المتضامنين وللدائنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر منهم [1] » .

ويلاحظ أن هناك أحكاماً لا تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص دخلوا فى الدعوى ، وهناك على العكس من ذلك أحكام تثبت لها الحجية حتى

= ببطلان التصرف ، ثم حكم فى الدعوى الثانية بصحته ونفاذه ، فلا يعد الحكم الثانى مخلا بحجية الحكم الأول ، ولذلك يكون القضاء بإهدار الحكم الثانى بمقولة مخالفته لحجية الأمر المقضى مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧١ ص ١٥٨) .

أما المالك تحت شرط فاسخ فيمثل من يكون مالكاً إذا تحقق الشرط ، وذلك فى الأحكام التى تصدر لصالحه لا فى الأحكام التى تصدر ضده (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٥ وص ٤٢٢) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه فى التأمين على المسئولية يكون الحكم الصادر بتحقق مسئولية المؤمن له سارياً فى حق شركة التأمين (نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ — ٢٦٥ — سيريه ١٩٤٧—١— ١٣١) .

وقضت محكمة النقض فى مصر بأن حكم مرسى المزاد لا يسرى إلا فى حق من كان ممثلا فيه ، وبأن القانون يحمى وضع اليد من كل تعرض له ، يستوى فى ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصما فيه ، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لا فرق فى ذلك بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٥٩ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش ص ٦٠) .

وانظر فى هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٤٣٢ — ص ٤٥٨ .

(١) ويبدو أن قصر الاعتراض على حالتى التضامن وعدم القابلية للتجزئة إما أن يكون راجعاً إلى أن نصوص تقنين المرافعات الجديد فى هذا الموضوع لم تتسق مع نصوص التقنين المدنى الجديد، وهذه تقضى بأن المدين المتضامن لا يسرى فى حقه الحكم الصادر على مدين متضامن معه ، فلم يكن المدين المتضامن ومن ألحق به فى حاجة، كالدائن، إلى حق الاعتراض ليعتبر من الغير، وإما =

بالنسبة إلى أشخاص لم يدخلوا . مثل الحالة الأولى أن يكون الشخص الذى دخل فى الدعوى ليس خصما حقيقياً فيها [1] . ومثل الحالة الثانية أن يكون الحكم

= أن يكون راجعاً إلى أن الغير فى هاتين الحالتين أقرب إلى الشبهة فى أن يسرى الحكم فى حقه ، ففتح له باب الاعتراض حتى يدرأ عن نفسه بطريق جديد نظمه القانون ما عسى أن يمسه من آثار حكم لا يسرى فى حقه . وغنى عن البيان أن باب اعتراض الخارج عن الخصومة لا يقفل أمام الغير الأبواب الأخرى التى يفتحها له القانون لدفع الاحتجاج عليه بحكم لا يسرى فى حقه . وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع تقنين المرافعات إذ تقول : « لم ير المشروع حاجة إلى النص على أن من يكون له طريق الاعتراض ولا يسلكه لا يحرم بذلك من حقه فى الالتجاء إلى الوسائل الأخرى التى يسمح له القانون بها لدفع الاحتجاج عليه بالحكم ، لم ير المشروع حاجة إلى هذا النص لأنه لا يعدو أن يكون تقريراً لقاعدة مقررة يكاد ينعقد الإجماع عليها » . (قارن الأستاذ عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات فقرة ٤٣٣ ص ٦٠١ – وانظر الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات فقرة ٥٣٩ ص ٦٥٣) . هذا واعتراض الخارج عن الخصومة ، كما كان فى تقنين المرافعات المختلط وكما هو فى لائحة المحاكم الشرعية وفى تقنين المرافعات الفرنسى ، أوسع نطاقاً من اعتراض الخارج عن الخصومة فى تقنين المرافعات الجديد ، إذ هو لا يقتصر على طائفة محدودة من الغير .

(١) وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا حصل نزاع بين بعض الملاك فى الشيوع بالنسبة إلى ملكية بعض الحصص ، ورفع أحد المتنازعين أمر هذا النزاع إلى القضاء ، وأعلن بدعواه من ينازعه فى ملكية حصته ومن لا ينازعه من الملاك على الشيوع ، كان ذلك الحكم حجة بينه وبين من ينازعه فقط دون الباقين ، بحيث إذا نشأ نزاع جديد عن ملكية تلك الحصة بين رافع القضية الأولى وبين الشائعين الذين كانوا سلموا له بملكيته لحقه فى تلك القضية ، فليس لهؤلاء أن يحتجوا عليه بالحكم السابق (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٣٥٦) — وقضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى الخصوم الحقيقيين فى الدعوى الذين كان النزاع قائماً بينهم وفصلت فيه المحكمة لمصلحة أيهم . ومن ثم لا يصح اعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضى بالنسبة إلى خصم أدخل فى الدعوى ولم توجه إليه طلبات . ولا يقال إنه كان فى إمكانه أن يبدى فى الدعوى ما يشاء ، فإن كان قد أهمل فهو الملوم — هذا القول لا وزن له قانوناً ، فان كل شخص حر فى اختيار الوقت والظروف التى يقاضى فيها خصمه ، وليس لأحد أن يجبره على أن يفعل ذلك فى وقت أو ظرف معين أو أن يسائله على أساس أنه لم يفعل (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا كان يبين من الحكم الصادر للطاعن فى دعوى صحة التعاقد أنه أقام تلك الدعوى على البائع له وباقى إخوته من الورثة الذين كانت الأطيان المبيعة له مكلفة باسم مورثهم ، واستند فى دعواه إلى عقد البيع الصادر له وإلى أن البائع له اختص بالأطيان المبيعة بموجب قسمة حصلت بينه وبين إخوته ، فلم ينازعه سوى واحد من هؤلاء الإخوة ، ولم يكن ثمة ما يمنع أياً منهم من منازعته لو كان له وجه ، فإحجامهم عن منازعته لا ينفى أنهم كانوا خصوماً حقيقيين (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

منشئاً لحالة مدنية (état civil) ، كالحكم الصادر بتوقيع الحجر فأنه يكون حجة على الناس كافة ، من دخل الدعوى ومن لم يدخل ، وسيأتى تفصيل ذلك .

المطلب الثانى

اتحاد المحل

٣٦٩ — العبرة بما طلبه الخصم لا بما لم يطلبه أو بما احتفظ به : ولا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذى سبق طلبه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم . فاذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته ، أمكن دفعها بحجية الأمر المقضى . ويترتب على ذلك أن الحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر ، ولكنه لا يمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد من نفس العمل الضار[١] . وإذا صدر حكم يقضى بصحة عقد إيجار ، فلا يجوز بعد ذلك للمؤجر أو للمستأجر أن يرفع الدعوى من جديد يناقش فى حجة هذا العقد . أما إذا صدر حكم للمؤجر باستحقاق الأجرة عن مدة معينة ، فان هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى استحقاق الأجرة عن مدة أخرى ، إذ محل الدعوى هنا يختلف عن المحل فى الدعوى الأولى[٢] . وإذا قضى فى حساب الدين عن مدة مضت ، فلا يجوز الرجوع إلى حساب الدين مرة أخرى وإعادة تقدير ريع الأرض المرهونة والموازنة بين هذا الريع والفائدة عن المدة التى قضى فى حسابها[٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص ٦٣ .

(٢) محكمة اللبان ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٤٦ — ولكن لا يجوز أن يدفع استحقاق الأجرة عن المدة الأخرى بنفس الدفع الذى رفض فى استحقاق الأجرة عن المدة الأولى ، كأن يدفع مثلا فى الدعويين بعدم صحة عقد الإيجار . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمنع من وحدة الموضوع فى الدعويين الصادر فيهما الحكمان اللذان جاءا على خلاف اختلافهما [illegible] المطالب بريعها ، ما دام الموضوع فى الدعويين هو مقابل الانتفاع ويد المنتفعين مستمرة على الأرض ، ولا يمنع من وحدة الخصوم إدخال ضمان فى الدعوى الثانية لم يكونوا خصوما فى الدعوى الأولى (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٩ ص ٥٥٣) .

(٣) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٧٤٦ .

ووحدة المحل تبقى قائمة ، أيا كانت التغيرات التى تصيب هذا المحل بعد ذلك من نقص أو زيادة أو تعديل (١) .

والقاعدة فى معرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً أن يتحقق القاضى من أن قضاءه فى الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه ، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق سواء باقرار حق أنكره أو بانكار حق أقره فيكون هناك حكمان متناقضان(٢) .

والعبرة بطلبات الخصوم التى فصل فيها الحكم . فاذا لم يطلب الخصم الحكم

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لايلزم بأن يحتفظ الشيء بذاتيته على وجه مطلق (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) . ولا تعتبر العين الموقوفة قد تغيرت بإجراء الاستبدال فيها (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٧) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ — سمالوط ٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٧٩ — وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يكون للحكم الصادر بعدم قبول دعوى تثبيت الملكية المبنية على عقد غير مسجل لرفعها قبل الأوان تأثير فى دعوى المطالبة بالريع ، سواء أكانت هذه الدعوى الأخيرة مرفوعة تبعا لدعوى الملكية أم مستقلة عنها . ويتعين الحكم للمشترى بالريع متى كان البائع غير منازع فى صحة عقد البيع نزاعاً جدياً (٤ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٦ ص ١٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان حكم القاضى بالدين لم يتناول إلا البحث فى وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث فى سداده أو عدم سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجة الأمر المقضى بالنسبة إلى سداد الدين لأنه لم يفصل فيه (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١ ص ١٩) — وقضت محكمة أسيوط الكلية بأن الحكم الصادر فى دعوى الريع ليس حجة فى الملكية (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٠ ص ٥٤٨)— وقضت محكمة سوهاج الكلية بأنه إذا كان الموضوع فى الدعوى الأولى جزءاً مفرزا فى عقار ، وكان فى الثانية نصيباً شائعاً فيه ، فلا يمكن القول بوحدة الموضوع (٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) . والحكم برفض تثبيت الملكية شائعة لعدم قيام الشيوع لايمنع من المطالبة بعد ذلك بتثبيت الملكية مفرزة (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨ ص ٤٥) . *وقضت محكمة النقض بأنه إذا قام النزاع على كون قطعة أرض داخلة* مادياً وواقعياً ضمن حدود أرض كان متنازعاً عليها ومقضياً فيها بين الطرفين فى دعوى سابقة أو غير داخلة ضمنها ، فقضت محكمة الاستئناف بعدم دخولها محصلة فهمها من عناصر الواقع ، فإن حكمها هذا لامساس فيه بحجية الحكم الصادر فى الدعوى السابقة (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٥ ص ٦٧٣ — ١٥ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤) .

على المدين وكفيله المتضامن بالتضامن ، فان الحكم الصادر باعتبار الكفيل غير متضامن لا يمنع من العودة إلى المطالبة بالتضامن ، فان هذا طلب جديد لم يكن موضوعاً للخصومة الأولى (١) .

كذلك إذا حفظ المدعى لنفسه الحق فى بعض الطلبات ، فالحكم فيما قدمه من الطلبات لا يمنعه من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به من قبل . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا طلب المدعى الحكم برد العين المغصوبة ، وحفظ لنفسه الحق فى طلب الريع بدعوى على حدتها ، وحكمت المحكمة له بالعين ولم تذكر شيئاً من الريع ، وختمت الحكم بقولها « ورفضت باقى الطلبات » ، فلا يعتبر هذا الرفض سارياً على طلب « حفظ الحق » وما منا من طلب الريع فى المستقبل ، لأن هذا الحق محفوظ للمدعى دون أن تحكم له المحكمة بحفظه ، وتكون عبارة « رفضت باقى الطلبات » عبارة زائدة مكتوبة حسب العادة الجارية ولا تأثير لها (٢) . وإذا حفظ الحكم الصادر فى دعوى التملك لأحد الخصوم الحق فى رفع دعوى الريع أو بالتعويض ، فذلك لا يعتبر فصلا فى المسئولية عن الريع أو التعويض (٣) .

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ٥٨ — والحكم بإلزام الكفيل بهذه الصفة أن يدفع الدين لا يمنعه من التمسك وقت التنفيذ بحق التجريد وبحق التقسيم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥) — والحكم بصحة التوقيع لا يمنع من رفع دعوى بصورية العقد (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٦١٠) — والحكم برفض تدخل الدائن لا يمنعه من رفع الدعوى بصحة دينه (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٩) — والحكم برفض دعوى الإبطال لا يمنع من رفع دعوى الفسخ (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣) . والحكم برفض إلغاء قرار إدارى لا يمنع من المطالبة بالتعويض أو تسوية الحالة (محكمة القضاء الإدارى ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٣ رقم ٤٩ ص ٦٤) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العبرة فى حجية الأمر المقضى ليست بطلبات الخصوم فى ذاتها ، ولكن بما فصلت فيه المحكمة من هذه الطلبات . فإذا كانت المحكمة فصلت فقط فى طلب تأجيل دفع الإيجار ، ولم يتعرض الحكم لا فى منطوقه ولا فى أسبابه إلى طلب التخفيض المبنى على قانون تخفيض إيجارات الأراضى الزراعية والذى نص صريحا أنه فى حالة التنفيذ بحكم أو سند أو عقد رسمى لا يجوز التنفيذ بأكثر من المبلغ المصرح به فى القانون ، فإن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى (١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٣١٣ ص ٦٤٨) .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٣ يونيه سنة ١٨٩٣ الحقوق ١٢ ص ٢٦٥ .

(٣) نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ .

٣٧٠ — الحكم فى شىء حكم فيما يتفرع عنه : والحكم فى شىء يعتبر حكماً فيه وفيما يتفرع عنه . فلا يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بما يتفرع عن شىء حكم برفضه .

ويترتب على ذلك أنه إذا صدر حكم برفض الإدعاء بملكية عين أو برفض الإدعاء بالدين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع الدعوى من جديد للمطالبة بريع العين أو بفوائد الدين . وإذا صدر حكم ببطلان سند الدين ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بقسط جديد غير القسط الذى صدر فيه الحكم السابق . وقد قضت محكمة النقض بأن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئى المطلوب فى الدعوى أو بانتفائه ، فان هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضى فى تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن حق جزئى آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها (١) .

٣٧١ — الحكم فى الكل والحكم فى الجزء : كذلك إذا كان الكل متكوناً من أجزاء تعتبر ، بطبيعتها أو بطريق العادة ، غير متجزئة ، فالحكم فى الكل حكم فى الجزء ، والحكم فى الجزء حكم فى الكل .

فاذا حكم برفض دعوى الملك فى أرض زراعية بما يتبعها من أبنية وآلات ومواسير ونحو ذلك ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بملكية شىء من هذه الأشياء التابعة . والحكم بالدين حكم بكل قسط من أقساطه (٢) والحكم بصحة بيع

---

(١) نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — محكمة الاستئناف الأهلية ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٩٣ — محكمة استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٧ ص ٢٧٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥ – ص ٤٣٦ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ – ٤٣٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم بصحة الدين فى قسطين منه حجة بصحته فى القسط الثالث (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٣٨) .

متجر حجة فى بيع كل عنصر من عناصره(١) .

والحكم فى جزء من التركة حجة فى جميع أجزائها(٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المحكوم به جزءاً من كل ، وكان النزاع فى ملك هذا الجزء مبنياً على اعتبار أنه بعض من هذا الكل وعلى اعتبار أن هذا الكل مملوك للمدعى ، وكان الفصل فى ملكية هذا الجزء يقتضى البحث فى هذا الكل ، وفصلت المحكمة فى منطوق حكمها فى هذا الجزء فقط باعتبار أنه جزء من كل متنازع عليه بحثت فيه فى أسباب حكمها ، فأن الحكم يتصل بالكل ويكسب بالنسبة إليه حجية الأمر المقضى ، بشرط أن يكون الخصوم قد تنازعوا فى ذلك تنازعاً جدياً وتبادلوا بحثه بحثاً دقيقاً حقيقياً مقصوداً من جميع نواحيه حتى يكون الحكم الصادر حجة عليهم فيما جعلوا تبادل بحثهم دائراً عليه . فالحكم الصادر فى النزاع فى ملكية جزء من منزل ، إذا تناول بحث النزاع الخاص بملكية المنزل جميعه بالشرط المتقدم ، يحوز حجية الأمر المضى بالنسبة إلى ملكية المنزل جميعه(٣) .

ومع ذلك فان الحكم فى الكل لا يتضمن حتما الحكم فى الجزء . فاذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية فى أرض ، لم يمنع ذلك من ادعاء الملكية فى جزء

---

(١) استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٧٧ .

(٣) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٢٠ ص ٦١٣ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد صدر بتأجيل الفصل فى التعويض الذى يطلبه البائع من المشترى وبأحقية المشترى فى استلام القمح المودع بمخازن البنك على ذمته من البائع ، على أساس أن عقد البيع قائم ونافذ بين الطرفين ، وأن المشترى عرض الثمن على البنك مقابل تسليمه القمح فرفض بناء على تعليمات البائع ، ثم صار هذا الحكم نهائيا بعدم استئنافه ، فإنه يجب على المحكمة ، وهى تفصل فى طلب التعويض ، أن تعتبر ذلك الحكم محدداً نهائياً للعلاقات القانونية بين الطرفين ، لا فيما يتعلق بعقد البيع ذاته فقط ، بل أيضا فى كل ما كان مؤسساً على هذا العقد . فإذا هى خالفت مقتضاه ، قائلة أن المشترى تأخر عن دفع ثمن القمح وعن تسلم الغلال ، وأن العقد يعتبر بذلك مفسوخاً من نفسه ، فإنها تكون قد خالفت القانون بعدم مراعاتها الأساس الذى بنى عليه الحكم الأول باعتباره قد فصل فى مسألة كلية لم تكن دعوى التعويض إلا جزءاً متفرعاً عنها ، مما كان يستوجب منها أن تتقيد به فى قضائها بين الخصوم أنفسهم فى دعوى التعويض التى فصلت فيها بعد صدوره (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنه ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٩ ص ٤٨٦) .

شائع فى الأرض [1] ، ما لم يكن الحكم السابق قد بت فى أن المدعى لا يملك الأرض ولا أى جزء منها [2] . والحكم برفض ادعاء الملكية لا يمنع من ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع [3] .

كذلك الحكم فى الجزء لا يتضمن حتماً الحكم فى الكل . فالحكم برفض ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع لا يمنع من ادعاء الملكية كاملة . والحكم برفض الفوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال [4] .

٣٧٢ — الحكم فى صفة عارضة : وإذا قضى الحكم فى طلب ، وكان قضاؤه هذا يستلزم الفصل فى صفة عارضة (qualité simplement accidentelle) للخصم ، فلا يكون الحكم حجة فى دعوى أخرى تثار فيها هذه الصفة من جديد . مثل ذلك أن تقضى المحكمة التجارية باختصاصها بنظر نزاع بين شخصين ، على أساس أن المدعى عليه تاجر . فصفة التاجر التى خلعها الحكم على المدعى عليه — وهى صفة عارضة — لا تحوز حجية الأمر المقضى فى دعوى أخرى يطلب فيها نفس المدعى شهر افلاس نفس المدعى عليه . وللمحكمة فى الدعوى الثانية أن ترفض شهر الإفلاس ، على أساس أن المدعى عليه ليس بتاجر [5] .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٣ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤١ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ – ص ٤٣٥ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٥ — وإذا أغفل المدعى طلبا تحكم فيه المحكمة من تلقاء نفسها ، كطلب الحكم بمصروفات الدعوى على الخصم ، ولم تقض به المحكمة فى حكمها ، فإن هذا الحكم يمنع من المطالبة به فى دعوى جديدة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٢١) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٧٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٢٩ – ص ١٠٣٠ — ويذهب الفقه الفرنسى أيضا إلى أنه إذا قضى الحكم — فى دعوى الدائن على الوارث — بصفة عارضة للوارث ، كأن قرر له صفة الوراثة المطلقة (héritier pur et simple) لا صفة الوراثة بشرط التجريد (sous bénéfice d'inventaire) ، فان هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى ، بالنسبة إلى هذه الصفة ، فى دعوى أخرى يرفعها دائن آخر على نفس الوارث (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ – ٤٢٤) .

٣٧٣ — الحكم فى الحالة المدنية : والحكم الذى يقر لأحد الخصوم حالة مدنية (état civil) يخضع هو أيضاً لحجية الأمر المقضى وما تصطبغ به هذه الحجية من النسبية (caractère relatif) . فلا يكون لهذا الحكم حجية إلا فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى حجيته إلى الغير .

وقد كان القضاء الفرنسى إلى عهد قريب يذهب إلى أن هذا الحكم تكون له حجية مطلقة (erga omnes) ، فيسرى فى حق الناس كافة ، خصوماً كانوا أو غير خصوم . فاذا خلع الحكم على شخص صفة الأب أو الإبن أو الزوج أو المحجور أو الوصى أو غير ذلك من الصفات التى تتعلق بالحالة المدنية ، كان الحكم حجة على جميع الناس فى هذه الصفة . ذلك بأن الحالة المدنية لا تقبل التجزئة (indivisible) ولا يجوز أن تبقى قلقة مضطربة يحتج بها على بعض دون بعض [1] . ولكن القضاء الفرنسى عدل أخيراً عن هذا الرأى فى حكم له مشهور [2] ، وقرر أن الحكم فى الحالة المدنية حجيته هو أيضاً نسبية فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى هذه الحجية إلى الغير [3] .

على أن هناك نوعاً من الأحكام تأبى طبيعته إلا أن تكون له حجية مطلقة . وهذه هى الأحكام التى تنشىء الحالة المدنية (jugements constitutifs d'état) ولا تقتصر على الكشف عنها . فالحكم بالطلاق ، والحكم بابطال الزواج ، والحكم بالحجر ، والحكم بتعيين وصى أو قيم ، كل هذه أحكام تنشىء حالة مدنية جديدة ، وهى بطبيعتها تسرى فى حق الناس كافة ، ولذلك يهيىء لها القانون عادة أوضاعاً معينة تكفل لها العلانية [4] .

---

(١) وكان الفقه الفرنسى يجارى القضاء فى مذهبه ، ويعتمد فى ذلك على نظرية لفقيه قديم (D'Argentré) تتلخص فى أن الخصم يعتبر مثلا فى الدعوى لجميع الناس (contradicteur légitime) : توليه ١٠ فقرة ٢١٦ ومابعدها — بونييه فقرة ٨٨٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥—١—٢٠١ مع تعليق سافاتييه — سيريه ١٩٢٧—١—٩٧ مع تعليق أودينيه .

(٣) وجارى الفقه الفرنسى المعاصر القضاء الفرنسى فى مذهبه الجديد : بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٤٦٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ١ فقرة ٥٦٧ — ديميترسكو ص ٤٥٦ وما بعدها .

(٤) كذلك تستثنى حالة ما إذا كان القانون لايسمح إلا لشخص معين فى أثارة النزاع ، كما فى دعوى إنكار البنوة (désaveu) فهى لايسمح بها إلا للزوج ، فيكون الحكم من ناحية الواقع=

وقد ذهب القضاء فى مصر أيضاً إلى أن الأحكام التى تنشىء الحالة المدنية تكون حجة على الناس كافة (١) .

المطلب الثالث

اتحاد السبب

٣٧٤ — تحديد معنى السبب : ويجب أخيراً ، حتى يكون للحكم

= حجة على الجميع (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٠ ص٤٥٣ — ص ٤٥٤) . والأحكام الصادرة فى المنازعات المتعلقة بالإسم (en matière de nom) هى أيضاً بطبيعتها حجة على الجميع (جان مارى أوسل : الغير فى القانون المدنى الفرنسى فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦) — انظر فى هذه المسألة : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٤ — ص ٤٢٨ وهامش رقم ١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ١٠٢٧ — ص ١٠٢٨ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤٨ — فقرة ١٣٥٠ — جان مارى أوسل فقرة ٢٢٨ — فقرة ٢٤٣ — دى باج ٣ ص ١٠٠٨ — ص ١٠١٢ .

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأن الحكم بتعيين وصى يكون حجة على الناس كافة (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٨) ، وكذلك الإعلام الشرعي بالوراثة (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٥) . وإذا كانت الحالة المدنية من شأنها أن تتغير ، فان الحكم القاضى بها تزول حجيته متى زالت أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفع الحجر عن المطعون عليه الأول ، قد قرر «أنه ليس بأوراق القضية ما ينم عن وجود غفلة أو سفه تمكن نسبتهما للمحجور عليه ، وإن وجدت أسبابهما وقت توقيع الحجر فقد زالت هذه الأسباب ...» ، فانه ليس فى هذا الذى قرره الحكم مايخالف حجية الأمر المقضى للحكم النهائى الصادر بتوقيع الحجر ، لاختلاف السبب والموضوع فى الدعويين ، ولأن الحالات التى تستوجب الحجر هى بطبيعتها قابلة للتغير والزوال ، وإلا لما أجاز الشارع طلب رفع الحجر (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤١ ص ٢٦٠ — انظر المجلس الحسبى العالى ٤ فبرايرسنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨) — أما الحكم فى الجنسية كمسألة عارضة فلا يجوز حجية الأمر المقضى : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٠ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص٦٢ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٩ — ١١يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٣ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٠ — قارن : ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ — ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٦ .

حجية الأمر المقضى ، أن يتحد السبب . والسبب هو المصدر القانونى للحق المدعى به أو المنفعة القانونية المدعاة . وهو لايعدو أن يكون الواقعة المراد إثباتها ، واقعة مادية ، أو تصرفاً قانونياً ، وقد سبق بيان ذلك .

فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب فى دعواه هو عقد الإيجار . فاذا رفضت دعواه على هذا الأساس ، لم يجز له أن يعود إلى رفعها من جديد مستنداً إلى عقد الإيجار مرة أخرى ، أى إلى نفس السبب الذى استند إليه فى الدعوى السابقة ، وإلا دفعت دعواه بحجية الأمر المقضى . أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم العين ، ولكن استند فى طلبه إلى سبب جديد ، كعقد بيع مثلا ، فان الدعوى الجديدة لايجوز دفعها بحجية الأمر المقضى لاختلاف السبب ، فقد كان فى الدعوى الأولى إيجاراً وهو فى الدعوى الثانية بيع . كذلك إذا طالب شخص بتسليم عين بسبب الميراث ورفضت دعواه ، فان هذا لا يمنعه من العودة إلى المطالبة بها بسبب الوصية . وإذا رفضت الدعوى بملكية عين بسبب الشراء، فلا مانع من المطالبة بها ثانية بسبب التقادم المكسب . بل لايوجد مايمنع من المطالبة بملكية العين ذاتها بسبب عقد بيع آخر غير عقد البيع الذى رفضت الدعوى الأولى على أساسه ، فان المماثلة بين السببين لا تمنع من إزدواجهما ، وحجية الأمر المقضى تقتضى أن يكون السبب التالى هو عين السبب الأول فلا يكفى أن يكون مماثلا له[1] .

---

(١) ومن قضاء محكمة النقض فى وجوب اتحاد السبب لقيام حجية الأمر المقضى : قضت بأنه إذا أبطلت محكمة الاستئناف تنازلا عن مبلغ ما صادراً من والد إلى ولده بكتابة منه فى ٣١ يوليه سنة ١٩٢٣ باعتبار هذا التنازل حاصلا فى مرض موت الوالد ، مع أنها بحكم سابق فى دعوى أخرى كانت مرددة بين الطرفين قررت أن مرض موت هذا الوالد إنما بدأ فى ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ بما قد يفهم منه أن ذلك التنازل قد حصل من المورث فى وقت صحته ، ثم تبين أن هذا الاعتراض قد عرض على المحكمة، فتناولته فى حكمها ، وبينت ما حاصله أن موضوع الدعوى الأولى كان خاصاً بتصرفات وقعت من المورث فى أكتوبر ونوفبر سنة ١٩٢٣ طعن الورثة ببطلانها لحصولها فى مرض موته ، فلم يكن يهم المحكمة إذ ذاك سوى معرفة ما إذا كان الشهران المذكوران هما من فترة المرض أم لا ، ولم يكن يعنيها أن تقرر مبدأ مرض المورث لأنها لم تكن محتاجة إلى تقريره ، ثم استنتجت من الظروف والمستندات التى أشير إليها فى الحكم الأول أن مرض موت الوالد قد ابتدأ فعلا قبل أول أغسطس سنة ١٩٢٣ ، وأن ورقة ٣١ يوليه قد حررها المورث فعلا فى هذا المرض ، فهذا الذى قررته محكمة الموضوع هو تحصيل للواقع مما تختص به هى وحدها بلا مراقبة لمحكمة النقض (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٨ =

وإذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجية الأمر المقضى ، فمن باب أولى يكون تعدد كل من السبب والمحل مانعاً من التمسك بهذه الحجية . ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر فى دعوى من دعاوى وضع اليد (actions possessoires) لا يكون حجة فى دعوى الملكية (action pétitoire) ، فى الدعوى الأولى المحل

= ص ٨٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى من الدائن بإبطال البيع الصادر من مدينه ، فقضى ببطلان البيع ، ثم صدر بعد ذلك إقرار من البائع بأن هذا البيع لم يكن صورياً وأن ثمنه كان دينا فى ذمته للمشترى وتعهد بدفع دين الدائن الذى قضى له بإبطال التصرف حتى يزول أثر هذا الحكم ، ثم رفعت دعوى من بعض أولاد البائع ببطلان ذلك الإقرار ، فقضى ببطلانه لصدوره أجازة لعقد سبق الحكم ببطلانه بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الأجازة ، ثم رفع المشترى دعوى بمطالبة ورثة البائع بالدين الذى يدعيه فى ذمة مورثهم ، فسبب هذه الدعوى ، وهو قيام الدين الذى يدعيه المشترى فى ذمة البائع ، يكون مغايراً السبب فى الدعويين السابقتين ، وهو انعقاد البيع فى الدعوى الأولى وأجازته فى الثانية ، وفى هذه الحالة يجب رفض الدفع بعدم جواز سماع الدعوى المذكورة بمقولة سبق الفصل فيها (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص٣٧) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى الحراسة الأولى باعتبارها إجراء موقوتاً بالبت فى الإشكال الذى رفعه المطعون عليه الأول فى تنفيذ العقد الرسمى الذى اشترى الطاعن بموجبه الأطيان موضوع النزاع من المطعون عليه الثانى ، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل فى الإشكال ، وكانت الدعوى الثانية التى رفعها الطاعن بطلب وضع الأطيان تحت الحراسة قد استند فيها إلى منازعة المطعون عليه الأول فى ملكيتها ووقتها بالفصل فى هذه الملكية فصلا نهائياً ، وكان يبين من ذلك أن السبب الذى بنى عليه طلب الحراسة فى كل من الدعويين مختلف عن الآخر ، فضلا عن أن المحكمة لم تتعرض فى الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، لما كان ذلك يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها ، قد أخطأ تأويل الحكم الصادر فى الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطأه فى تطبيق المادة ٤٠٥ من القانون المدنى (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٥١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الحكم إذ رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها استند إلى أن المدعيين قد طلبا فى الدعوى السابقة الإخلاء لهدم المنزل وإقامة طابقين جديدين مكان الطابقين المزمع هدمهما ، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأن إعادة البناء كما كان وعلى نفس المساحة وبذات الارتفاع لا يتحقق معه قصد الشارع من أجازة الإخلاء للهدم وإعادة البناء ، وطلبا فى هذه الدعوى الإخلاء للهدم وإعادة البناء بحيث يحتوى أكثر من دورين ، فقد اختلف السبب فى الدعويين لتحقق غرض الشارع فى هذه الدعوى بحصول التوسعة بالفعل ، وكان هذا الذى جاء بأسباب الحكم مسوغاً لاختلاف السبب فى الدعويين ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٥ ص ٧٨١) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : قضت بأنه حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضى يجب =

هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة ، وفى الدعوى الثانية المحل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد(١) .

= اتحاد السبب (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٨) . ويتغير السبب إذا استند الخصم إلى عقد بيع آخر غير البيع الذى صدر فى شأنه الحكم الأول (٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ومع ذلك انظر : ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٧) ، ذلك ألا شىء يجبر الخصم على أن يتمسك بجميع أسانيده مرة واحدة ، فيستطيع إذن أن يتمسك بسند لم يسبق له أن استند إليه ولو كان هذا السند موجود وقت صدور الحكم الأول (٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢) . ويتغير السبب لو استند الخصم إلى دفع غير المستحق بعد أن كان قد استند إلى العقد (٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨) ، أو رفع الدعوى غير المباشرة بعد إخفاقه فى دعوى الحوالة (٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨) . وإذا حكم فى دعوى القسمة للشريك المتقاسم بالملكية فى نصيبه ، كان الحكم حجة فى دعوى استحقاق يرفعها بعد ذلك أحد الشركاء على هذا الشريك (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥) . ورفض طلب التعويض عن المقاضاة الكيدية فى دعوى قضى فيها باستحقاق الأعيان المتنازع عليها لا يكون حجة فى دعوى تعويض أخرى عن الضرر الناشىء من حبس هذه الأعيان (٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١) . ويجوز للدائن، بعد إقفال قائمة التوزيع ، إذا كشف غشاً ارتكبه دائن آخر أدرج فى هذه القائمة ،أن يرفع دعوى استرداد غير المستحق على هذا الدائن دون أن يواجه بحجية الأمر المقضى (١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢)— انظر أيضا : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦٨— ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٧ — ١٢ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠— ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٠ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا حجية فى دعوى الملكية للحكم الصادر فى دعوى وضع اليد (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) — انظر أيضا : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٣ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — وانظر أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٥ وهامش رقم ١٠٠ .

كذلك الحكم فى الحيازة فى دعوى من دعاوى وضع اليد لا يكون حجة فى دعوى إيجار بتسليم العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، قرر أن الدعوى الأولى هى دعوى استرداد حيازة أساسها وضع اليد وما يستوجب القانون من حماية لواضع اليد على العقار متى توافرت فى وضع يده الشروط المقررة لذلك قانونا ، فى حين أن الدعوى الثانية تتضمن فى موضوعها طلب الحكم بتسليم العين المؤجرة باعتبار هذا التسليم حقاً من حقوق المستأجر والتزاما من التزامات المؤجر ،وأن السبب =

٣٧٥ — وجوب الابقاء على شرط اتحاد السبب مع عدم التوسع فيه : واتحاد السبب كشرط فى حجية الأمر المقضى من شأنه أن يضيق من هذه الحجية ، وأن يجعل العود إلى التقاضى ممكناً فى ذات الموضوع وبين نفس الخصوم بدعوى أن السبب مختلف . هذا إلى ما ينطوى عليه تحديد معنى السبب ، فى كثير من الحالات ، من دقة وخفاء سنرى أمثلة منها فيما يلى . وقد نزع بعض الفقهاء إلى القول بامكان حذف هذا الشرط من شروط حجية الأمر المقضى ، دون أن يختل الأساس الذى تقوم عليه هذه الحجية[١] . وقال آخرون بادماج المحل والسبب فى شرط واحد ، فيكون هذا الشرط هو وحدة المسائل المتنازع فيها (questions litigieuses)[٢] . والصحيح فى نظرنا أن هناك اعتبارين متعارضين لابد من التوفيق بينهما . فمن ناحية ، تقضى نسبة الحقائق القضائية أن نعتد بسبب الحق المدعى به ، فالحكم الذى يرفض الملكية بسبب الميراث لا يمكن أن يعتبر عنوان الحقيقة فى رفض الملكية بسبب الوصية . ومن ناحية أخرى ، يقضى أحد الاعتبارات الجوهرية التى تقوم عليها حجية الأمر المقضى — وهو عدم تأبيد المنازعات — ألا نتوسع كثيراً فى فكرة السبب ، وأن نجمع ما بين الأسباب المتقاربة التى يستدعى بعضها بعضاً فلا يفكر الخصم فى أحدها دون أن يفكر فى الآخر ، فندمجها جميعاً فى سبب واحد ، ولا نجعل من تنوعها

= الذى يستند إليه المستأجر فى رفعها هو عقد الإيجار الذى يطالب بتنفيذه وليس مجرد وضع يده كما هو الحال فى الدعوى الأولى ، وأن هذا الخلاف فى الموضوع والسبب يمنع من التمسك بحجية الحكم السابق . . إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد بين وجوه الخلاف بين الدعويين بياناً وافياً لا قصور فيه (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٧ ص ٨٢٤) .

هذا وإذا خسر المدعى عليه الدعوى ، وكان لديه دفع يستطيع أن يدفعها به ، فالحكم ضده فى الدعوى لا يمنعه من رفع دعوى جديدة يثير فيها الدفع الذى أغفله . فإذا رفع المدعى دعوى استحقاق على الحائز ، وأثبت سببا للملكية ، ولم يدفع الحائز بأنه كسب الملكية بالتقادم ، فالحكم بملكية المدعى لا يمنع الحائز من رفع دعوى جديدة بملكيته التى تستند إلى التقادم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ .

(٤) جلاسون وتيسييه ٢ فقرة ١٠١٣ ص ١٠١ — قارن بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٣ ص ٤٥٨ .

ما يخل بوحدة السبب . وسنسير على هذه الخطة، ونتبين أهميتها بوجه خاص عند الكلام فى وحدة عيوب الرضاء كسبب المطالبة ببطلان العقد ، وعند الكلام فى وحدة أنواع المسئولية كسبب للمطالبة بالتعويض .

فلا بد إذن من الإبقاء على شرط اتحاد السبب ، مع عدم التوسع فيه . فاذا تعدد السبب ، لم يجز التمسك بحجية الأمر المقضى ، حتى لو اتحد المحل . لكن إذا اتحد السبب – مع اتحاد المحل والخصوم – جاز التمسك بحجية الأمر المقضى ، حتى لو تعددت أدلة الإثبات على هذا السبب الواحد ، أو تعددت الدعاوى التى تنشأ من هذا السبب الواحد(١) .

---

(١) ومن الأمثلة على تعدد الدعاوى التى تنشأ من سبب واحد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا بدأ النزاع بين الراهن والمرتهن ، بأن رفع الراهن دعوى طلب فيها بطلان العقد المدنى الذى وصف بأنه بيع وحقيقته رهن وبراءة ذمته من الدين لاستهلاكه مقابل ما حصله المرتهن من الريع ، ورفع الدائن دعوى فرعية بإلزام مدينه بالدين كاملا وحبس العين المرهونة ، وانتهى هذا النزاع بحكم قضى بإلزام الراهن بأن يدفع للمرتهن مبلغاً معيناً باعتباره الباقى له من الدين لغاية سنة ١٩٣٣ بعد خصم قيمة الريع الذى استولى عليه من فوائد الدين وأصله . ثم تجدد النزاع ثانية بدعوى رفعها المدين طلب فيها براءة ذمته من المبلغ المحكوم به عليه ، وقضت المحكمة بتعديل هذا المبلغ واعتبار رصيد الدين لغاية ١٩٤٠ مبلغاً معيناً . ثم أراد المدين أن يبرىء ذمته من لدين ، فعرض على الدائن المبلغ المحكوم به نهائياً وملحقاته . فرفع الدائن بدوره دعوى أخرى ضد المدين بمبلغ عينه طالبه به على أنه مقابل ريع الأرض المرهونة من سنة ١٩٢٣ (تاريخ العقد) إلى سنة ١٩٤٢ ، مدعياً أنه لم يحصل شيئاً من الريع لبقاء الأرض فى يد المدين طوال هذه المدة . فإن هذه الدعوى لا تكون مقبولة بالنسبة إلى المطالبة بالريع لغاية سنة ١٩٤٠ لسبق الفصل فيها . إذ السبب فيها ، كما فى جميع الدعاوى السابقة ، هو عقد المديونية الذى أنشأ الرابطة القانونية بين الراهن والمرتهن ، فإن الدائن إذ يطالب بالريع إنما يعتمد فى طلبه على الحق الذى استمده من العقد بصفته مرتهناً حيازياً ، والمدين حينما يطلب براءة ذمته إنما يتخذ من انقضاء الدين لسبب من أسباب الانقضاء أساساً لطلبه ، وهذا الأساس يرد إلى عقد الرهن . وغير صحيح القول بأن سبب دعوى المرتهن الأخيرة هو وضع يد المدين على العين المرهونة ، فان استحقاق الدائن لهذا الريع لا سبب له قانوناً إلا العقد المذكور الذى يخوله حق الاستيلاء على ريع العين المرهونة سواء ظلت فى حيازته أو انتقلت إلى حيازة الغير بطريق الإجارة أو غيرها . والموضوع أيضاً واحد فى جميع هذه الدعاوى ، وهو بقاء الدين أو انقضاؤه . وغير صحيح كذلك القول بأن موضوع القضايا السابقة كان مقصوراً على بطلان العقد وموضوع الدعوى الأخيرة هو المطالبة بريع العين ، فان بطلان العقد لم يكن إلا توطئة للطلب الأساسى وهو براءة ذمة الراهن لاستهلاك الدين فى الريع على أساس أن المعاملة قرض مكفول برهن وأن =

فيجب إذن مواجهة الحالات الآتية : (١) وحدة المحل مع تعدد السبب . وهنا لا يجوز التمسك بحجية الأمر المقضى . (٢) وحدة السبب مع تعدد الأدلة ، وهذا لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضى . (٣) وحدة السبب مع تعدد الدعاوى ، وهذا أيضاً لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضى .

٣٧٦ — *وحدة المحل مع تعدد السبب* : قد يتحد المحل فى الدعويين ويتعدد السبب . وعند ذلك لا يكون للحكم الصادر فى الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى فى الدعوى الثانية كما قدمنا ، إذ أنه بالرغم من توافر شرط اتحاد المحل قد اختل شرط اتحاد السبب . وأكثر ما يتحد المحل ويتعدد السبب فى العمل يقع فى أحوال أربع : (١) يكون المحل المتحد هو بطلان العقد وتتعدد أسباب البطلان . (٢) يكون المحل المتحد هو انقضاء الالتزام وتتعدد أسباب الانقضاء . (٣) يكون المحل المتحد هو حق الملكية وتتعدد أسباب كسبها . (٤) يكون المحل المتحد هو قيام التزام وتتعدد مصادره .

فقد يطالب شخص ببطلان عقد ، ويجعل سبب البطلان عيباً فى الشكل أو عيباً فى الرضاء أو نقصاً فى الأهلية أو خللا فى المحل أو خللا فى السبب . فهذه جملة من الأسباب الرئيسية للبطلان ، إذا تمسك بسبب منها ورفضت دعواه ، لم يمنعه ذلك من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بسبب آخر . فاذا تمسك بعيب فى الشكل وقضى بصحة الشكل، جاز أن يتمسك بعيب فى الرضاء . وإذا تمسك بخلل فى المحل ، لم يمنعه الحكم برفض دعواه من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بخلل فى السبب . على أنه لا تجوز المبالغة ، كما قدمنا ، فى تنويع السبب الرئيسى الواحد من أسباب البطلان ، وإلا فقدت حجية الأمر المقضى قيمتها ولم تمنع من تأبيد الخصومات . فالعيب فى الشكل لا يتعدد سببه ، مهما تعددت صور هذا العيب[1]. والعيب فى الرضاء لا يتعدد ، أيا كان هذا العيب

= ماحصله المرتهن من غلة العين المرهونة وفى الدين وفوائده ، والمحكمة فى صدد بحث هذا الطلب فى القضايا السابقة سمعت دفاع المرتهن فى مقدار الغلة وفى ادعائه عدم الحصول عليها ، ثم قررت ما حصله منها والفائدة التى يستحقها وقامت بعملية الاستهلاك (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ .

غلطاً أو تدليساً أو إكراها[1]. ونقص الأهلية لا يتعدد ، أيا كان السبب الذى الذى يرجع إليه نقص الأهلية قصرا أو سفها أو غفلة أو عتها . وهكذا قل عن سائر الأسباب الرئيسية للبطلان . فاذا طعن شخص ببطلان عقد للتدليس ورفضت دعواه ، لم يجز له أن يعود فى دعوى جديدة يطعن فى العقد بالإكراه . والضابط لوحدة السبب فى البطلان هو ، فيما نرى ، أن يكون هناك سبب رئيسى واحد ، إذا انقسم إلى أسباب فرعية فان كل سبب منها يستدعى السبب الآخر ، بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية فى مخيلة الخصم مندمجة فى هذا السبب الرئيسى ، فلا يفكر فى واحد منها دون أن يفكر فى الباقى ، فتتحقق وحدة السبب فى هذا السبب الرئيسى . وهو يستغرق كل الأسباب الفرعية التى تندمج فيه ، فلا يتعدد السبب بتعددها ، ويكون الحكم فى أى سبب منها حكماً فى الباقى . ومن ثم إذا طعن الخصم فى العقد بالغلط دون غيره من عيوب الرضاء ،

---

(١) وقد انقسم الفقهاء فى فرنسا فى هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن عيوب الرضاء — الغلط والتدليس والإكراه — عيوب مستقلة كل عيب منها عن الآخر ، ولا تندمج فى سبب واحد ، بل يتعدد السبب بتعدد العيب ، وكذلك شأن عيوب الشكل وعيوب نقص الأهلية وعيوب المحل وعيوب السبب ، (ديمولومب ٣٠ فقرة ٣٣٤ - لوران ٢٠ فقرة ٧٢ —هيك ٨ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨١ — وأنظر فى هذا المعنى فى الفقه المصرى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات جزء ٢ فقرة ٦٧٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — وقد كنا ممن يقول بهذا الرأى — الموجز فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ولكن الخطة التى سرنا عليها فى هذا البحث هى ، كما قدمنا ، إدماج الاسباب الفرعية فى السبب الرئيسى ، حتى لا يتعدد السبب الواحد ، فتتأبد المنازعات) . وفريق آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى إدماج جميع أسباب البطلان — عيوب الشكل والرضا والاهلية والمحل والسبب — فى سبب واحد ، فيحوز الحكم فى أى عيب منها حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى العيوب الأخرى (بونييه فقرة ٨٧٦ — جريوليه ص ١٠٩) ، وظاهر أن هذا الرأى المتطرف يقوم على الخلط ما بين المحل والسبب ، فالبطلان هو المحل لا السبب ، أما سبب البطلان فليس واحداً بل يتعدد ، ومنه ما يرجع إلى الشكل ومنه مايرجع إلى الرضاء ومنه مايرجع إلى الأهلية . وفريق ثالث يقسم أسباب البطلان إلى أسباب رئيسية ، ويدمج فى كل سبب رئيسى ما يتفرع عنه من أسباب ، ويقف فى تعدد السبب عند السبب الرئيسى لا السبب الفرعى (تولييه ١٠ فقرة ١٦٥ — فقرة ١٦٦ — ماركاديه ٥ م ١٣٥١ — لاروميير ٧ م ١٣٥١ فقرة ٨١ - فقرة ٨٣ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ وهامش رقم ٩٠) . وهذا هو الرأى الذى سرنا عليه ، ويبدو أنه هو الرأى الذى ساد فى الفقه الفرنسى المعاصر (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣٢ — ص ١٠٣٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٤ ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

فالحكم برفض دعواه للغلط حكم برفض الدعوى للتدليس وللإكراه ، ذلك بأنه عند ما طعن فى العقد بالغلط لا بد أن يكون قد استعرض بطريق التداعى التدليس والإكراه فاستبعدهما واقتصر على الغلط . إذ الطعن فى العقد بالغلط ينفى الطعن فيه بالتدليس ، فالتدليس غلط وقع فيه الخصم بسبب طرق احتيالية استعملت ضده ، وما دام لا يطعن فى العقد إلا بالغلط فهو ينفى ضمناً أن هناك طرقاً احتيالية أوقعته فى هذا الغلط . كذلك الطعن فى العقد بالغلط ينفى الطعن فيه بالإكراه ، لأن دعوى الغلط تفترض وقوع الخصم فى وهم من غير علم بالواقع ، فهى لا تتفق مع دعوى الإكراه التى تفترض خضوع الخصم للتعاقد عن علم بالواقع . ونرى من ذلك كيف أن الغلط والتدليس والإكراه عيوب فرعية ، يستدعى كل عيب منها العيب الآخر ، وترتسم جميعاً فى مخيلة الخصم مندمجة فى سبب رئيسى واحد . فاذا اقتصر الخصم على عيب منها ، فانه بذلك يكون قد استبعد العيبين الآخرين . على أنه قد يحدث أن يطعن الخصم فى العقد بالغلط ، جاهلا وقت الطعن أنه انما وقع فى هذا الغلط بسبب طرق احتيالية نصبها له خصمه . فاذا كشف ، بعد صدور الحكم برفض دعواه للغلط ، عن هذه الطرق الاحتيالية ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة بالتدليس ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا التدليس إلا بعد صدور الحكم فى دعوى الغلط . كذلك يجوز أن يكون قد أكره على جانب من العقد وغلط فى جانب آخر ، فرفع دعوى الإكراه قبل أن يكشف عن غلطه . فاذا صدر حكم فى دعوى الإكراه ، فان هذا لا يمنعه من أن يرفع دعوى الغلط ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا الغلط إلا بعد صدور الحكم فى دعوى الإكراه[1] .

---

(١) قارب بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ — ص ١٠٣٢ — نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٨ — ١ — ٦٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجلة النقض ص ٩٧٧ .

وغنى عن البيان أن من يطعن فى العقد بالبطلان يستطيع أن يعود إلى المطالبة بفسخ العقد (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨٣) أو إلى الطعن فى العقد بالدعوى البولصية ، والطعن فى العقد بالدعوى البولصية لا يمنع من العودة إلى الطعن فى العقد بدعوى الصورية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠) ، فهذه كلها أسباب مختلفة . ورفض الطعن فى البيع بوقوعه فى مرض الموت لا يمنع من الطعن فيه باعتباره هبة فى غير ورقة رسمية (محكمة الاسكندرية الأهلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١/٥٧ ص ١٢٢ — منيا القمح فى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٨٦) . والحكم بصحة عقد باعتباره صادراً من المورث بعد إنكار التوقيع عليه من بعض =

وقد يطالب شخص بانقضاء التزام، ويجعل سبب الانقضاء الوفاء أو المقاصة و الإبراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام. فاذا تمسك بالوفاء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالمقاصة ، أو تمسك بالإبراء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم ، وهكذا . فلا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء أو بأسباب البطلان ، إلا ما يقتضيه حسن الدفاع من الناحية الواقعية لا من الناحية القانونية . فيجوز التمسك بسبب من أسباب البطلان قبل التمسك بسبب من أسباب الانقضاء . كما يجوز التمسك بسبب من أسباب الانقضاء قبل التمسك بسبب من أسباب البطلان . كما يجوز أخيراً التمسك بأى سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء قبل التمسك بسبب آخر منها . ويترتب على ذلك أنه يجوز التمسك بالغلط ثم بالمقاصة ، أو التمسك بالمقاصة ثم بالغلط ، أو التمسك بالتدليس ثم بعدم مشروعية السبب ، أو التمسك بالتجديد ثم باتحاد الذمة . ولا يوجد مانع قانونى من التمسك مثلا بالوفاء ثم بالإبراء ، إلا أن مركز من يتمسك بالوفاء أولا ثم يتمسك بالإبراء بعد ذلك يكون ضعيفاً من الناحية الواقعية لما بين الدعويين من تعارض (١) .

وقد يطالب شخص بملكية عين ، ويجعل سبب الملكية هو العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية . فاذا تمسك بالعقد ،

= الورثة لا يمنع الورثة المذكورين من الطعن فى العقد بعد ذلك لاعتباره صادراً فى مرض الموت (استئناف مصر ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٤ ص ١٧٦ – عكس ذلك : بنى سويف الكلية ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧٤ ص ٢٣٧ . وهو حكم منتقد : الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤٤ هامش رقم ١) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ص ٧٤٥ —ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا دفع المدعى عليه دعوى المدعى الذى يطالبه بدين بمقتضى سند بأنه قام بسداد الدين وأن دفعه يبرئه ، وإذا حكمت المحكمة المدنية برفض هذا الدفع ، فلا مانع يمنع المدعى عليه من الادعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية مطالباً بتعويض عن تزوير سند الدين ، لأن الموضوع مختلف عن موضوع القضية المدنية . فالموضوع الأول هو براءة الذمة ، والموضوع الثانى هو التعويض عن فعل الجنحة . ثم ان السبب أيضاً مختلف اختلافاً جوهرياً ، لأن الدفع الذى رفض أولا أمام المحكمة المدنية كان قائماً على براءة الذمة من الالتزام ، ولكن السبب القانونى الذى يرتكن عليه المدعى المدنى هو المسئولية الناشئة عن الجنحة ، وهذا أمر مختلف عن الأول (١٠ مارس ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٦٠) .

جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية . وإذا تمسك بالتقادم ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة [١] .

وقد يطالب شخص آخر بالتزام قام فى ذمته ، ويجعل مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام . فاذا تمسك بالعقد ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعمل غير المشروع . وإذا تمسك بالإثراء بلا سبب ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعقد . وإذا تمسك بالعمل غير المشروع ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالإثراء بلا سبب . ونرى ، جريا على الخطة التى نسير عليها ، أن العمل غير المشروع ، بل المسئولية فى مجموعها ، سبب رئيسى واحد لا يتعدد بتعدد أنواع المسئولية . فرفض دعوى المسئولية عن عمل معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالمسئولية عن نفس العمل ، ولو كيفت المسئولية فى الدعوى الاولى بأنها مسئولية عقدية وفى الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية ، ومن باب أولى لو كيفت فى الدعوى الأولى بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ ثابت وفى الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ مفروض . ففى كل هذه الأحوال ، السبب الرئيسى الذى يجب الوقوف عنده هو العمل الذى نشأت عنه المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وهذا العمل هو هو لم يتغير فى جميع الصور المتقدمة [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ — الزقازيق الكلية ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦١ ص ٢٥٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠٧ .

وقضت محكمة الزقازيق بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بملكية عقار ارتكاناً على سبب قانونى وهو الميراث ، وفصل فى تلك الدعوى ، فليس هناك مايمنع المدعى الذى صدر الحكم ضده فى هذه الدعوى من أن يرفع دعوى أخرى مرتكناً على عقد البيع الصادر اليه من بعض الورثة عن جزء من العقار نفسه ، حتى لو ثبت أن ذلك البيع قد انعقد فى تاريخ سابق على الدعوى الأولى وذلك لاختلاف السبب فى الدعويين (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢٥٨) .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأن من رفضت دعواه فى الشفعة بصفته شريكاً له أن يرفعها بصفته جاراً ، ولا يقبل الدفع بحجية الأمر المقضى لأن السبب فى الدعوى ليس واحداً فى الحالتين (١٧ مارس ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٤ ص ٢٨) . ولسنا نرى فى تعدد أسباب الأخذ بالشفعة إلا أسباباً فرعية ترجع إلى سبب رئيسى واحد ، والقضاء فى سبب منها قضاء فى سائر الأسباب .

(٢) وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض فى دائرتها المدنية . فقد قضت بأن الراجح =

٣٧٧ — وحدة السبب مع تعدد الأدلة : وقد يتحد السبب وتتعدد عليه الأدلة . فيكون السبب فى هذه الحالة واحداً ، مهما تعددت أدلته ، واقعية

= فى باب قوة الشيء المحكوم به هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لان ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) ، فهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لانه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليـــه قبل المدعى عما ادعاه علية أيا كانت المسئولية التى أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (نقض مدنى ٥ يناير ســـنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً فى دائرتها المدنية بأن المراد فى وحدة الدعويين فى صدد قوة الشيء المحكوم فيه هو على ماهية الموضوع فى كل دعوى والسبب المباشر الذى تولدت عنه كل منهما ، فاذا كان موضوع الدعوى الاولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض وسببها حفر مسقى ، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعويض أيضـــاً وسببها هى الاخرى حفر المسقى نفسها ، فلا يؤثر فى وحدتهما اختلاف علة السبب المطلوب التعويض من أجله ولا قيمة التعويض المطالب به (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٦ ص ١١٥) — أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض فتجرى على غير ذلك ، ذاهبة إلى أنه إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من المسئولية لم يحز الحكم حجية الامر المقضى بالنسبة إلى الانواع الاخرى ، فالسبب فى دعوى المسئولية هو نوع الخطأ الذى قامت عليه — فيتميز الخطأ العقدى عن الخطأ التقصيرى كما يتميز الخطأ الثابت عن الخطأ المفروض — لا قيام المسئولية فى ذاتها . ومما قضت به فى هذا المعنى أنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المســـئولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى رفعها صاحبها به ، فانها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز فى القانون (نقض جنائى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) — وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فان هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنيـــة (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك ، يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من تثبت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لان حكمها =

كانت هذه الأدلة أو قانونية . وعند ذلك يكون للحكم الصادر فى الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى فى دعوى أخرى ، عاد فيها الخصم إلى نفس السبب ، ولكن ليقيم عليه دليلا آخر ، فلا يقبل منه ذلك[1] .

وقد رأينا فيما قدمناه عن دعوى المسئولية تطبيقاً لهذه القاعدة . فالسبب فى هذه الدعوى هو — كما قدمنا — العمل الذى نشأت عنه المسئولية ، وهو واحد لا يتعدد ، وإنما تتعدد أدلته (moyens) ، فتارة تستند المسئولية إلى العقد ،

= على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسئولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز فى القانون ، ولان حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها فى هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين ، أحدهما أو كليهما ، لا برفضها ، فردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسئولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنعه ، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية (نقض جنائى ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١). وانظر أيضا فى هذا المعنى: نقض جنائى أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠ — أول مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٢٦ ص ٤٩ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٣٩٤ ص ١٠٠٦ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ٩٩ — ٥٨ استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٩ — أما القضاء فى فرنسا فقد جرى على نحو ما تجرى عليه الدائرة الجنائية لمحكمة النقض عندنا ، فهو يذهب إلى أن السبب فى دعوى المسئولية هو نوع الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية ، فلا يجوز للمدعى أن يترك الخطأ التقصيرى إلى الخطأ العقدى ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفروض ، وإلا كان ذلك طلباً جديدا لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يجوز هذا أيضا للقاضى ، وإلا كان ذلك قضاء فى شىء لم تطلبه الخصوم ، وإذا رفضت دعوى المسئولية على أساس نوع معين من الخطأ فإن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الأنواع الأخرى (أنظر فى القضاء الفرنسى وفى نقده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ — فقرة ٢١٠١) . وانظر فى هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٢ — الأستاذ سليمان مرقس : مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ - ص ٢٣٨ — و١٧ العدد الثانى — أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٣٠ — ص ٣٣١ — هذا وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤١١ من تقنين المرافعات بما يأتى : « وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله تغيير سببه والإضافة إليه» . وهذا الحكم يسمح لمن رفع دعوى المسئولية العقدية فى محكمة أول درجة أن يستند إلى المسئولية التقصيرية فى محكمة الاستئناف أو بالعكس . وكذلك يجوز لمن استند إلى نوع من المسئولية التقصيرية فى محكمة أول درجة أن يستند إلى نوع آخر من هذه المسئولية فى محكمة الاستئناف .

(١) وهذه الأدلة أو الوسائل أو الحجج (moyens, arguments) تدعى بالأسباب البعيدة (causae remotae) — أما السبب (cause) فيدعى بالسبب القريب (causa proxima) (انظر أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٧ و ٨٨) .

وطوراً إلى الخطأ الثابت ، وثالثة إلى الخطأ المفروض ، وليست هذه كلها إلا أدلة متعددة لسبب واحد هو قيام المسئولية . ففى دعوى المسئولية إذن السبب هو قيام المسئولية ، والمحل هو التعويض .

ومن ادعى التخلص من دين بالوفاء ، وأراد أن يقدم على ذلك بينة حكم بعدم جواز سماعها ، وقضى عليه بالدين ، لايجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بالسبب نفسه وهو الوفاء ، وإن قدم عليه هذه المرة دليلا مكتوباً كمخالصة بالدين . ذلك أن السبب هنا — وهو الوفاء — لم يتغير ، وأن تغير الدليل عليه من بينة إلى ورقة مكتوبة . على أنه إذا رفع الدائن دعوى بالدين ، ولم يدفع المدين بالوفاء فقضى بالدين ، ولم يتناول الحكم إلا البحث فى وجوده ولم يعرض للوفاء به ، فان هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء . ومن ثم يجوز للمدين ، إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين ، أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها الدائن برد ما دفع إليه دون حق[1] . أما إذا دفع المدين بالوفاء ، وعرض الحكم لهذا الدفع وقضى برفضه ، فان هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء أيضاً ، ولا يجوز للمدين إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين رفع دعوى جديدة باسترداد ما دفع دون حق[2] .

---

(١) قارن الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ — ص ٧٤٦ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر أن استرداد ما أخذ دون حق لا يمنعه سبق صدور حكم فى خصومة لم يعرض فيها على المحكمة حصول تسديد مبلغ وتقديم سندات مثبتة للسداد (٢٩ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٣ ص ٢٤٩) . وقضت أيضا بأنه إذا كان الحكم القاضى بالدين لم يتناول إلا البحث فى وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث فى سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجية الأمر المقضى بالنسبة لأداء الدين لأنه لم يفصل فيه ، وعلى ذلك يصح رفع دعوى ببراءة الذمة عن الدين المحكوم به . أما إذا كان الحكم قد بحث فى الأداء ، فإنه يكسب حجية الأمر المقضى لأنه فصل فيه ، ولا يصح حينئذ رفع الدعوى من جديد ببراءة الذمة مما حكم به (٣ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٤٢ ص ٨٢) — انظر أيضا : استئناف أهلى ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٢٦ — بنى سويف الجزئية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٨ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص ٧٤ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٨ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا ما كان يدعيه من التخالص من الدين بالوفاء قائلا إنه =

وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستنداً إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد البيع له ، فرفضت دعواه ، لم يجز أن يرفع دعوى جديدة ليثبت صحة البيع بورقة أخرى أو بالبينة ولو كانت قيمة العين تجيزها ، وذلك بأن سبب الملكية — وهو عقد البيع — لم يختلف ، بل الاختلاف هو فى أدلة الإثبات ، وهذا لا يجيز تجديد المنازعة(١) .

= غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك (نقض مدنى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا يجوز لمن قضى عليه نهائيا بدين ، ثم دفعه بناء على هذا الحكم ، أن يطالب بعد ذلك برد ما دفعه ارتكاناً على مخالصة سابقة لتاريخ الحكم نظرت أثناء الدعوى ولم تأخذ بها المحكمة ، لأن قوة الشىء المحكوم فيه تحول دون ذلك (١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٣ ص ٥٢٧) . انظر أيضا : بنى سويف استئنافى ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٥ ص ١٠٢ — مصر الأهلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣١ ص ٢٦٠ — نجع حمادى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ٢ ص ٤١ — وقارن بنى سويف استئنافى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٣ ص ٤٠ .

وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ٢١٤ — ص ٢٢١ .

(١) محكمة الجيزة ١١ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٢ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ — ص ٧٤٦ .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى للمدعى بتثبيت حقه فى القرار على الأرض المتنازع عليها ، وكان المدعى عليه مختصما فى هذه الدعوى بصفته متلقياً حق الملكية فى هذه الأرض من شخص آخر باعها له ، ثم أنشأ المدعى عليه مبانى على تلك الأرض ، فرفع المحكوم له بحق القرار عليها دعوى طلب فيها الحكم بإزالة هذه المبانى ، فقضى له بذلك ، وكان المدعى عليه مختصما فى الدعوى الثانية بصفته مشترياً لحق الرقبة من وزارة الأوقاف ، فإن السبب القانونى فى الدعويين واحد ، وهو حق القرار على الأرض . أما اختصام المدعى عليه فى الدعوى الأولى بصفة واختصامه فى الدعوى الثانية بصفة أخرى فلا يعد سبباً فى كل دعوى من الدعويين اللتين اختصم فيهما باعتباره مدعى عليه ، وإنما هو تدليل لما يدعيه من حقوق على الأرض المتنازع عليها لا تأثير له فى وحدة السبب فى الدعويين ، وغاية ما فى الأمر أنه كان فى الدعوى الأولى يستند إلى تلقى حقه من شخص وفى الدعوى الثانية إلى تلقيه من شخص آخر (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٤ ص ١١٠١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان موضوع الدعوى هو طلب الشفعة فى جميع الأطيان المبيعة ، وكان من أسبابها الشيوع الكلى فى عموم الأطيان الموروثة التى منها الأطيان المبيعة أو الشيوع الجزئى فى تلك الأطيان ذاتها ، واستبعدت المحكمة هذين السببين من الدعوى لحصول القسمة بين الورثة ، وصار هذا الحكم نهائياً ، ثم تمسك الشفيع — عند النظر فى سبب الجوار — باستحقاقه الشفعة =

٣٧٨ — وحدة السبب مع تعدد الدعاوى : وقد ينشأ عن السبب الواحد دعويان لصاحب الشأن الحق فى اختيار إحداهما ، فاذا اختار واحدة ورفض طلبه فيها كان للحكم بالرفض حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الدعوى

= فى جزء من الأرض المبيعة ، قولا منه بأن هذا الجزء استصلحه المورث من قطعة هو شريك فيها على الشيوع لم تتناولها القسمة وأدخل فى قطعة أخرى هى القطعة المبيعة فصار منها مع بقائه شائعاً ، فهذا منه تجديد للنزاع الذى سبق الفصل فيه ، وهو غير جائز له ، إذ ليس هذا القول سبباً جديداً للشفعة ، وإنما هو دليل جديد على الشيوع الذى سبق القضاء بنفيه (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٥ ص ٣٥١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه قد طلب أصلياً رفض طلب الريع الذى طالبت به اخته ، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن المدعية استولت منه على هذا الريع إذ كانت تقيم معه وهى مريضة وصرف عليها طوال مدة مرضها مبالغ تزيد على مالها ، فقضت المحكمة بإلزامه بقيمة الريع استناداً إلى أنه كان ينكر على المدعية وراثتها لوالده ، مما يدل على أنه لم يعطها شيئاً من الريع ، فعاد فرفع الدعوى على الأخت يطالبها فيها بمصروفات العلاج المشار إليها ، فقضت المحكمة بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، فإنها لا تكون قد أخطأت ، لأن الموضوع فى الدعويين بينه وبين أخته واحد وهو التخلص من الريع ، لا يغير من وحدته كون التخلص حصل بالوفاء به نقداً أو بالصرف فى العلاج (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٣ ص ٤٢٩ — والحكم محل النظر ، فقد تمسك المدعى عليه فى الدعوى الأولى ، كطلب احتياطى ، بالمقاصة بين الريع ومصروفات العلاج . ويبدو أن المحكمة لم تبحث هذا الطلب الاحتياطى ، واقتصرت على استخلاص قرينة على عدم الوفاء بالريع من انكار المدعى عليه لوراثة أخته . فلا شىء يمنع فى هذه الحالة ، وبعد الحكم بالريع ، من تجديد النزاع فى شأن مصروفات العلاج التى لم يفصل فيها الحكم الاول . ولعل المحكمة قد تأثرت بإنكار المدعى عليه لوراثة أخته ، وهو إنكار ينطوى على تعنت فى الدفاع) .

وفى تعدد الدليل ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تغيير جهة الوراثة هو تغيير فى الدليل لا فى السبب (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥) .

وفى وحدة السبب وتعدده قضت هذه المحكمة بأنه إذا صدر حكم بصحة عقد ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن فى دعوى جديدة بصورية هذا العقد وإبراز ورقة الضد (١٠ يونيه سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٨٧) . ولكن إذا رفعت دعوى بصحة عقد ، ودفع فيها بنقص الاهلية للقصر ، فالحكم فى هذا الدفع لا يكون حجة فى دعوى أخرى بصحة عقد آخر (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ١٢٦) . وقضت محكمة إسنا بأن للمستأجر الذى حكم عليه نهائياً بدفع الاجرة ، فدفعها إذعاناً للحكم ، أن يطالب المؤجر برد ما تسلمه إذا نزع العقار من يد المستأجر بعد ذلك بناء على حكم صدر لمصلحة شخص ثالث فى دعوى أخرى رفعت بعد الدعوى الاولى وكان المؤجر طرفاً فيها ، وليس لهذا الاخير أن يدفع مطالبة المستأجر بالرد بحجية الامر المقضى (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٨٠) .

الأخرى ، فتكون هذه غير مقبولة إذا رفعت(١) .

مثل ذلك الاستغلال . فقد قضت المادة ١٢٩ من التقنين المدنى بأن المتعاقد المغبون الذى استغله المتعاقد للقاضى له أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . فاذا اختار إبطال العقد ، وحكم برفض دعواه ، فان هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى فى دعوى جديدة يرفعها المتعاقد ويطلب فيها إنقاص التزاماته . ذلك بأن الحكم بالرفض قد استنفد السبب المشترك للدعويين معاً ، وهو الاستغلال (٢) . والعكس صحيح ، فاذا رفضت دعوى إنقاص التزاماته ، لم يجز سماع دعوى الإبطال .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٣٨ من التقنين المدنى من أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » . فهنا أيضاً إذا خسر المشترى دعواه فى إنقاص الثمن ، كان الحكم حجة تمنع من قبول دعوى الفسخ . أما إذا خسر دعوى الفسخ لعدم وصول النقص فى المبيع إلى الحد المطلوب من المسألة ، فان هذا لا يمنع من رفع دعوى إنقاص الثمن (٣) .

كذلك إذا خسر مدعى الاستحقاق دعواه فى استحقاق نصيب شائع ، كان الحكم حجة تمنعه من أن يرفع دعوى القسمة فى نفس العين الشائعة ، إذ أن سبب الاستحقاق هو نفس سبب القسمة — وهو ملكية النصيب الشائع — فاذا استنفد هذا السبب فى دعوى الاستحقاق ، فقد استنفده أيضاً فى دعوى القسمة (٤).

---

(١) أنظر من الامثلة على ذلك : نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠١ .

(٣) أنظر أيضاً المادتين ٤٣٣ و٤٣٤ من التقنين المدنى (حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد إذا وجد عجز فى المبيع) .

(٤) أنظر فى أمثلة أخرى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٦ — ص ٤٤٧ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بقيام حجية الامر المقضى ، حتى لو رفعت الدعوى الاولى فى صورة =

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة أن المحل فى الدعويين مختلف . فى الاستغلال ، محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد ، بينما المحل فى الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفى التلف الجزئى للمبيع ، محل الدعوى الأولى هو فسخ العقد ، ومحل الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفى ملكية النصيب الشائع ، محل الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النصيب ، ومحل الدعوى الأخرى هو قسمة العين الشائعة . ومع أن المحل مختلف ، فان الحكم فى الدعوى الأولى حجة فى الدعوى الأخرى كما رأينا . ويمكن تعليل ذلك بأن الحكم الذى رفض الدعوى الأولى تضمن رفض الدعوى الأخرى ، إذ استنفد السبب المشترك للدعويين كما سبق القول ، فيكون للحكم حجية ، لا باعتباره قد فصل صراحة فى الدعوى الأولى ، بل باعتباره قد فصل ضمناً فى الدعوى الأخرى .

* * *

٣٧٩ — خاتمة — فكرتان رئيسيتان فى حجية الأمر المقضى : وبعد فان هناك فكرتين رئيسيتين تنتظمان كل ما قدمناه من شروط فى حجية الأمر المقضى (١) .

الفكرة الأولى هى ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهى عنده الخصومات . فما دام قد صدر فى النزاع حكم قضائى قطعى ، فانه يحوز حجية الأمر المقضى فى منطوقه لا فى أسبابه ، وذلك حتى نقف بالتقاضى عند حد معقول ، فلا يتكرر النزاع مرة بعد أخرى دون أن يحسم . وهذه الفكرة الرئيسية الأولى هى التى تنتظم الشروط الواجب توافرها فى الحكم .

والفكرة الثانية هى الحيلولة دون التناقض فى الأحكام مع مراعاة النسبية فى الحقيقة القضائية . فما دام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم ، وفى ذات

= معارضة فى تنبيه نزع الملكية مبنية على ملكية المعارض للأعيان المتنازع فيها ، ورفعت الدعوى الثانية فى صورة دعوى استحقاق لهذه الأعيان (٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٩٨) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٧١٤ .

المحل ، ولعين السبب ، فالتقاضى مرة أخرى يؤدى إلى حكم ، إن اتفق مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به ، وإن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض . وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هى التى تنتظم الشروط الواجب توافرها فى الحق المدعى به .

القسم الثاني

آثار الالتزام

تمهيد *

(١)
تنفيذ الالتزام

٣٨٠ — أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو إنشاء الالتزام ، إذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدنى الفرنسى خلطاً ظاهراً بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معاً مختلطين فى باب واحد ، وكان ينبغى التمييز بينهما تمييزاً دقيقاً(١) . أما التقنين المدنى المصرى السابق فقد فصل ما بين الأثرين ، وتجنب الخلط الذى وقع فيه التقنين المدنى الفرنسى ، ولكنه كان مقتضباً كل الاقتضاب فى بسط الأحكام المتعلقة بآثار

* مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التى يعتمد عليها فى هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام فى هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التى رجعنا إليها ، فعند الإشارة إلى المرجع تنصرف الإشارة إلى هذه الطبعة .

الفقه الفرنسى : أوبرى ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة — بودرى وبارد الجزآن الأول والثانى طبعة ثالثة — ديموج الجزآن السادس والسابع — بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثانية — بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية — دى باج الجزآن الثانى والثالث طبعة ثانية (فى شرح القانون البلجيكى) — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى طبعة ثالثة — كولان وكابيتان وجوليودى لامورانديير الجزء الثانى طبعة عاشرة — جوسران الجزء الثانى طبعة ثانية — دالوز انسيكلوبيدى .

الفقه المصرى : دى هلتس — هالتون — والتون — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى نظرية الالتزامات — نظرية العقد للمؤلف — الموجز للمؤلف — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) — الأستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٨ — فقرة ٣٢٩ — دى باج ٣ فقرة ٦٤ وفقرة ٦٦ .

الالتزام ، فأغفل «طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنينات الحديثة»[1]. واستدرك هذا النقص التقنين المدني المصري الجديد ، فتناول آثار الالتزام في باب رتب ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قل أن تجد له نظيراً في التقنينات الحديثة[2] .

وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً (exécution en nature) أو تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts). كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً اختيارياً (exécution volontaire) أو تنفيذاً جبرياً (exécution obligatoire) .

٣٨١ — التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ؛ وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتي ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فان التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً (réparation en nature) . فاذا التزم جار بألا يقيم حائطاً في أرضه يحجب النور عن جاره ، فان التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد

---

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، فتقول : « قتر التقنين الحالي (القديم) في النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتيراً أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنينات الحديثة . وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهي بعد مغموطة الحق في أغلب التقنينات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من الإغفال كاملا . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العيني وما يقتضيه من تنظيم بالنسبة لأقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالغرامات التهديدية ، والتنفيذ بمقابل وبوجه خاص تبعة المدين والإعفاء منها ، وإجراءات التنفيذ وإجراءات التحفظ . ثم إن من المسائل ما بالغ هذا التقنين في إجمال الأحكام الخاصة به مبالغة لا تخلو من الإخلال أحياناً ، كما هو الشأن في الإعذار والشرط الجزائي والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤) .

(٢) الوسيط جزء أول ص ٣٠ — ص ٣١ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتقدمة جميعاً ، وجهد في علاج أهم وجه منها ، فعمد إلى تنظيم الأعسار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن إلى =

أقامه . ولكن التعويض العينى نادر فى العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

٣٨٢ — التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى : وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان عن طريق التعويض ، فان المدين يدعى إلى تنفيذه اختيـاراً . والتنفيذ الاختيارى هو الذى يقابل عنصر المديونية (Schuld) فى الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً — ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً على النحو الذى سنبينه فيما يلى — أجبر على التنفيذ العينى أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبرى هو الذى يقابل عنصر المسئولية (Haftung) فى الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبرى والتنفيذ العينى واعتبارها شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبرى كما قد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، كذلك قد يوجه — بل إن هذا هو الذى يقع كثيراً — إلى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض(١) .

٣٨٣ — الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانوناً فى هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين ، إلا من خوله

= إحتذائه كلما دعت الحاجة لذلك . ويكفى أن يشار بوجه عام إلى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تمهيدية أفردت فى سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فعقد لها فصولا ثلاثة : تناول فى أولها التنفيذ العينى وما يتبعه من تنفيذ بالغرامات التهديدية . وخص الثانى بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الأعذار ، وتقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . ووقف ثالثها على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراعى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنتظم دعاوى ثلاثاً تتفرع جميعاً على اعتبار الذمة ضماناً عاماً للدائنين : وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . . أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بسطاً يسمو به إلى مرتبة الأصول العامة . وأخيراً اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الأعسار . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ — ص ٤٩٥) .

(١) دى باج ٣ فقرة ٦٧ .

القانون ذلك بمقتضى حق خاص ، كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة إلى هذا المال وحده .

والمساواة مابين الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين إنما هى مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه ، فاذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق فى مشاركته فى هذا التنفيذ ومقاسمته ماينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً ، فقد تكون غير متيسرة فعلا . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هى خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هى مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هى بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية ، قد يتخذ إجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها .

وبين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات ، هى فوق الأولى ودون الثانية ، يمهد بها الدائن إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر إعساره . وفى شهر إعسار المدين – كما سنرى – ضمان أقوى للمساواة مابين الدائنين ، وإن كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الإفلاس ، فلا تزال إجراءات التنفيذ بعد شهر الإعسار إجراءات فردية لا جماعية .

٣٨٤ – الموضوعات التى يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هى الموضوعات التى يتناولها هذا القسم من الكتاب فى آثار الالتزام : التنفيذ العينى ،

ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس والإعسار .

وقبل ذلك — وفى هذا التمهيد — نتكلم فى الالتزام الطبيعي والالتزام المدنى ، وهما يفترقان من حيث الجبر فى التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لاجبر فى تنفيذه ، وينفذ الالتزام المدنى جبراً على المدين .

(٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدنى

٣٨٥ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — ينفذ الالتزام جبراً على المدين » .

« ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر فى تنفيذه[1] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق[2] ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٠ ، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٢٠٢ ، وفى تقنين الموجبات والعقود

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٧٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٢٧٤ — يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أولى — ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً ، فإن المدين لا ينفذه إلا باختياره » . وفى لجنة المراجعة أدمج النصان فى نص واحد ، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائى ، على الوجه الآتى : « ١ — ينفذ الالتزام جبراً على المدين . ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر فى تنفيذه » . ووافق مجلس النواب على النص كما هو ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ — ص ٤٩٧) .

(٢) انظر مع ذلك المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدنى السابق ، وسيأتى ذكرها .

اللبنانى المادة ٢ (١) . ولم يرد فى التقنين المدنى العراقى نص مقابل ، ولكن ذلك لايفيد ضرورة أن القانون المدنى العراقى لايعترف بالالتزام الطبيعى ، ففى المبادىء العامة وفى مبادىء الفقه الإسلامى (٢) . ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعى فى هذا القانون (٣) .

٣٨٦ — مكان الالتزام الطبيعى وتمييزه عن الالتزام المدنى : ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدنى الجديد ، وهو فى مستهل الكلام فى آثار الالتزام ، عمد إلى إبراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، فالأول لا جبر فى تنفيذه (٤) ، أما الثانى فيجبر المدين فيه على التنفيذ . وهذا التمييز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكاناً صالحاً للالتزام الطبيعى يبين فيه حالاته ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التقنين المدنى السابق الالتزام الطبيعى إلا عرضاً ، وفى موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير إليه فى مناسبة دفع غير المستحق ، ويقول فى المادة ٢٠٨/١٤٧ : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لايكون له استرداده» . وقد قصد بالدين الذى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٠ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٢ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢ : الموجب المدنى هو الذى يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المديون ، والموجب الطبيعى هو واجب قانونى لا يمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختيارى يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدنى .

(٢) ومبادىء الفقه الإسلامى مصدر من مصادر القانون المدنى العراقى (أنظر المادة الأولى من التقنين المدنى العراقى) .

(٣) وقد بحث الدكتور حسن على الذنون فى كتابه «أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى» بغداد سنة ١٩٥٤ (ص١١٧ — ص١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعى على النحو المعروف فى كتب الفقه الغربى ، ولم يبين مبلغ جواز الأخذ فى القانون المدنى العراقى بالأحكام التى بسطها فى ذلك ، بعد أن أغفل التقنين المدنى العراقى الإشارة إلى الالتزام الطبيعى .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

لا يوجبه القانون ولكن المدين يعتقد ملزوميته به الالتزام الطبيعى ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام .

وكذلك فعل التقنين المدنى الفرنسى، فقد ذكر الالتزام الطبيعى استطراداً فى المادة ١٢٣٥ فى صدد الكلام فى الوفاء (paiement) على الوجه الآتى : «١ — كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده . ٢ — على أنه لا يجوز الاسترداد فى الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاء بها قد تم اختياراً »[1] .

وقل فى التقنينات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعى فى أكثر من نص أو نصين[2] .

أما التقنين المدنى الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعى ، فى مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدنى ، شيئاً من العناية ، فعرض فى نصوص أربعة إلى بيان حالاته وبسط أحكامه[3] . وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعى

---

(١) وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى :

Art. 1235 : Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى المادة ٨١٤ — وتقنين الالتزامات السويسرى م٧٢ فقرة ٢ — والتقنين الأرجنتينى م ٥١٦ — ٥١٨ — والتقنين الشيلى م ١٤٧٠ و١٤٧٢ و١٦٣٠ . وكذلك فصل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أحكام الالتزام الطبيعى فى المواد من ٢ إلى ٨ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع . ويراعى أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار . فسمة الالتزام الطبيعى هى اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانونى وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها . ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك فى أنه يفضل وضعها فى التقنين الحالى (السابق) ، حيث أجملت كل الإجمال ، فى معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : انظر المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المصرى (السابق) . وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعى على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر فى أى الأحوال وبأى الشروط يعتبر الواجب الأدبى واجباً يعترف به القانون . وليس يحد من سلطان القضاء فى هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعى بأى حال متى كان مخالفاً لهما : أنظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعى من آثار ، فن الميسور تحديدها تحديداً تقريبياً ، ولا سيما أنها جد قليلة . =

والالتزام المدنى ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر على التنفيذ[١] . ونحن نتابعه فى ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعى ثم الالتزام المدنى .

§ ١ — الالتزام الطبيعى *

(Obligation naturelle)

٣٨٧ — الالتزام الطبيعى وسط فى المرتبة بين الالتزام المدنى والواجب الأدبى : الالتزام الطبيعى واجب أدبى يدخل فى منطقة القانون ، فيعترف به القانون إلى مدى معين . وهذا المدى الذى يقف عنده القانون فى الاعتراف بالالتزام الطبيعى هو التنفيذ الاختيارى : لا يجبر المدين فى الالتزام الطبيعى على التنفيذ القهرى ، ولكن التنفيذ الاختيارى معتبر . فاذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وهو على بينة من أمره ، أى إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدى إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فانه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعى ، إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لالتزام

—————

= ومن المأثور أن الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر صوراً فى نطاق التطبيق ، وأقل إنتاجاً فى نطاق الآثار ، وهو بهذا يعوض فى ناحية ما يفوته فى الناحية الأخرى . وتنحصر هذه الآثار فى أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء المدين اختياراً لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعى يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً : المادة ٢٠٧ من المشروع . والثانى أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدنى . وفيما عدا هذين الأثرين لا يرتب الالتزام الطبيعى أى أثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاص فى التزام مدنى أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ — ص ٤٩٦) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) .

* مراجع : بنكاز ملحق بودرى جزء خامس — ديموج جزء أول — ريبير فى القاعدة الخلقية

—————

فقرة ١٨٦ وما بعدها — بلانيول (مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) — بيرو (Perreau) (مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣) — بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أيونسكو (Ionesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — برو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ — سافاتييه (Savatier) رساله من بواتييه سنة ١٩١٦ — سندرييه (Cendrier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ .

فى ذمته . وهذا كله بخلاف الالتزام المدنى ، فان هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لايستطيع أن يسترده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

وإذا رجعنا إلى ما قدمناه فى الجزء الأول من هذا الكتاب[1] من أن الالتزام المدنى يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, Schuld) ، وعنصر المسئولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعى لا يحتوى من هذين العنصرين إلا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالتزام طبيعى مدين ، لا فى حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً فى حكم القانون ، ومن هنا إذا وفى الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار ، فهذا هو عنصر المسئولية قد انفصل عنه .

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعى هو واجب أدبى ارتفعت منزلته فى نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً . فهو وسط ما بين المرتبتين : سما عن أن يكون مجرد التزام أدبى (devoir moral) ، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً (obligation civile) . فهو التزام طبيعى (obligation naturelle) ، يعترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدبى ، ولا يرتب عليه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدنى .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعى فى الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التى تمليها الأخلاق والآداب . وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر فى القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعى باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون . والقاضى هو الذى يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذى يحدد النظام العام ، مسترشداً فى ذلك بآداب الجيل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فاذا وقف أمام واجب أدبى لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً ، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضى به ضمير الفرد ، أقره التزاماً طبيعياً ، ورتب عليه أثره .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩ ص ١٠٨ هامش رقم ١ .

فلو أن فقيراً أنقذ مثرياً من الغرق ، التزم المثرى نحو الفقير : (أولا) بما تجشمه الفقير من خسارة فى إنقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو التزام مدنى — (ثانياً) وبإجازة الفقير على إنقاذه ، وهذا هو التزام طبيعى — (ثالثاً) وبالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذى أنقذه ، وهذا هو واجب أدبى[1] .

ونتكلم الآن فى الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى وفى الآثار التى تترتب عليه .

١ — الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى

٣٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام »[2] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى

---

(١) انظر فى كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٧ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويقرر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبى التزاماً طبيعياً . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » . وفى لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحوير فى اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) .

المادة ٣ (١) . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى .

٣٨٩ — سلطة التقدير للقاضى — رقابة محكمة النقض : ويتبين من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبى قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعى أمر متروك تقديره إلى القاضى ، هذا ما لم يوجد نص تشريعى يقضى فى حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً ، فيجب إعمال النص (٢) . مثل ذلك ما ورد فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » .

والقاضى ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية فى الحالات التى تعرض له ، يبت فى مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهى تحديد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع مكيفة التكييف القانونى الصحيح . وهو فى تحديده لعناصر الالتزام الطبيعى أقرب إلى المشرع منه إلى القاضى ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . ويستأنس فى عمله بما استقر فى القضاء والفقه ، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف ومبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠١ (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٣ : يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى يقوم على أساس واجب أدبى أو اجتماعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام . (ولا فرق فى الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣ : للقاضى ، عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوى يتكون منه موجب طبيعى أو لا . ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعى مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق أيضاً فى الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصرى) .

(٢) فالقاضى يأتى وراء المشرع فى تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ما وقف المشرع قام القاضى بدروه (انظر چوسران ٢ فقرة ٧١٨) .

الرجوع إليها عند انعدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التى يسترشد بها القاضى مع وجود النص الذى يكل إليه أمر التقدير . ومن ثم فلا يرتبط فى شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هى المصادر المباشرة التى يستخلص منها الحلول القانونية وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدنى .

أما مسألة الواقع التى يبت فيها القاضى دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهى تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة(١) .

وننظر الآن كيف يستطيع القاضى أن يحدد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، ممهدين لبيان ذلك بالصعود إلى الأصل التاريخى لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة فى هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعى بعد أن نكون قد حددنا العناصر التى يتكون منها .

٣٩٠ — الأصل التاريخى للالتزام الطبيعى : يصعد الالتزام الطبيعى فى أصله إلى القانون الرومانى . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويجعلون للالتزام الطبيعى آثاراً بعيدة المدى . أما القانون الحديث فهو يعترف أيضاً بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية (٢) ، ولكن يرتب على الالتزام الطبيعى آثاراً أقل مما كان يرتبه القانون الرومانى (٣) .

والالتزام الطبيعى فى القانون الرومانى كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية . فكان هناك التزام طبيعى حيث يختل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابناً لذاك أو عبداً له ، وحيث يكون المدين ناقص

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ — قارن دى باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ .

(٢) وليس هذا العدد بأقل مما كان فى القانون الرومانى ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التى كان القانون الرومانى يعتبرها التزامات طبيعية ، عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبتت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت فى القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية إلى منطقة القانون .

(٣) كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٠ .

الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدني ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعي تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدني ، وهي آثار أبعد مدى مما يقره القانون الحديث . فكانت فكرة الالتزام الطبيعي من بين الوسائل التي تخفف بها القانون الروماني من الشكلية المغرقة التي كانت تحيط به ، ومن الأبواب التي انفتحت لإدخال بعض عناصر المرونة فيما جمد من قواعد هذا القانون .

وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعاً كبيراً في الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد إلى كل التزام يوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعي تكون هي عين منطقة الواجب الأدبي . ولكن دوما (Domat) تلقى فكرة الالتزام الطبيعي عن القانون الروماني ، فجعله محصوراً في التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما بوتييه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسي ، وعارض بها فكرة القانون الروماني (١) . فعنده أن الالتزام الطبيعي هو ما يلتزم به الإنسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدني فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجي (qui oblige dans le for extérieur) . على أن بوتييه كان يميز تمييزاً واضحاً بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي (٢) .

٣٩١ — النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي — الالتزام المدني المتحلل : قامت النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي في القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسي الواسعة . فالالتزام الطبيعي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام المدني ، ويبتعد كثيراً عن الواجب الأدبي . فهو في الأصل التزام مدني عاقه مانع قانوني عن أن يرتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلا للإبطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما

---

(١) بوتييه في الالتزامات فقرة ١٩١ .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ .

يقع ذلك فى التقـادم أو فى الصلح مع المفلس (concordat) ، فينقضى الالتزام المدنى ويتخلف عنه التزام طبيعى .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعى نوعاً من الالتزام المدنى ، فهو التزام مدنى متحلل (obligation civile dégénerée) ، عاقة مانع قانونى عن أن يولد آثاره كاملة .

والذى وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : (١) تقاليد القـانون الرومانى التى سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . (٢) الرغبة فى فصل منطقة القـانون عن منطقة الآداب والأخـلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعى واجباً أدبياً اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود ، ولا يكون جسراً يصل ما بين منطقتى القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالا تاماً عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شـأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعى ضبطاً دقيقاً ، فلا يكون هناك مجـال للتحكم ، ما دام الالتزام الطبيعى لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانونى .

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح . فهى تحاول محاولة فاشـلة أن تفصل ما بين منطقتى القانون والآداب فصلا تاما ، فتغفل فى سبيل هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعى . ذلك أن الالتزام الطبيعى ليس إلا مظـهراً لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها فى بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثرا قانونياً ، فيدخلها بذلك فى حظيرة القـانون . فالالتزام الطبيعى إذن هو واجب أدبى اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاماً مدنيـاً متحللا . بل قد لايكون بتاتاً التزاماً مدنياً متحللا ، وينشأ منذ البداية واجباً أدبيـاً يعترف به القانون ويدخله فى منطقته . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحـديثة ، فننتقل الآن إليها .

٣٩٢ — النظرية الحديثة فى الالتزام الطبيعى — الواجب الأدبى : تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعى باعتباره التزاماً

مدنياً متحللا ، إلى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بوتييه. فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً (devoir moral) ارتقى به القانون ، فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته ، و نشأ التزاماً مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره .

فلا تلازم إذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية. بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، إذ هو النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية . وما دام في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو إما أن يكون التزاماً مدنياً نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية ، وإما أن يكون واجباً أدبياً ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسئولية. وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية .

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر إلى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولا ، ثم يتدخل فيه القانون بقدر محدود ، فيعترف به مديونية لا مسئولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري . وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً منذ البداية ، أو نشأ التزاماً مدنياً ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجباً أدبياً يرتب عليه القانون بعض الآثار [1] .

---

(١) وإلى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت المادة ٢٠٨ ، بإحلالها لفظ «الواجب» محل عبارة «الالتزام الطبيعي» الواردة في المادة ١٢٣٥ من التقنين المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عالياً في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse). فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعاً في ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضاً بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فتكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي ، لتعذر =

٣٩٣ — عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصاً من النظرية الحديثة على النحو الذى قدمناه ، ومن الرجوع إلى نص التقنين المدنى الذى سبق إيراده ، إن للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبى يتميز فى نطاق محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ .

= الإحاطة بها على سبيل الحصر . والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . على أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيماً سهل المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنتظم أولاهما ما يكون أثراً تخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التى تسقط بالتقادم أو تنقضى بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضى ببطلانها لعدم توافر الأهلية . ويدخل فى الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل ، كالتبرعات التى لا تستوفى فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذاً لالتزام طبيعي كما سنرى) ، والتزام الشخص بالإنفاق على ذوى القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) .

هذا ويذهب دى باج إلى أن الالتزام الطبيعي لا وجود له . فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدنى ، لا يمكن أن يكون له أثر قانونى ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدنى ، يكون قد حل محله التزام مدنى ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعي بهذا الوصف فى أية مرحلة من المرحلتين (دى باج ٣ ص ٦٤ — ص ٦٦) . وهذا النظر يغفل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاماً مدنياً بتنفيذه أى بالاعتراف به سبباً لالتزام مدنى ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأولى ، دون الثانية ، هى التى تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن الالتزام الطبيعي قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدنى له وجود قانونى محقق ، إذ هو فى هذه المرحلة الأولى التزام قابل للتنفيذ الاختيارى وقابل لأن يكون سبباً لالتزام مدنى ، وهذا كاف فى ثبوت وجوده القانونى .

ويذهب بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً فى الالتزام الطبيعي ، فيحصره فى حالات قليلة هى أقرب إلى النظرية التقليدية .

ويتحفظ بارتان (فى تعليقاته على أوبرى ورو) ويرى الوقوف موقفاً معتدلا مابين النظرية التقليدية التى تضيق فى حالات الالتزام الطبيعي تضييقاً شديداً والنظرية الحديثة التى توسع فى هذه الحالات توسيعاً مفرطاً ، وهو عين الموقف المعتدل الذى وقفه أوبرى ورو من هذه المسألة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) . على أنه يبدو أن أوبرى ورو وسعا فى حالات الالتزام الطبيعي دون أن يصرحا بوجود التزام طبيعي قائم ، واكتفيا بالقول إن الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضرورى أن يكون التزاماً مدنياً أو التزاماً طبيعياً (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ — ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) .

أما بلانيول (انظر مقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقارباً مستمراً ما بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبى ، فيتوسع فى نظرته إلى الالتزام =

فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التى تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التى تميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبى إما أن يكون فى أصله التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانونى منع من أن يترتب عليه كل آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجباً أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادى . وفيه يسترشد القاضى بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ فى العمل .

(العنصر الثانى) إحساس المدين أن فى ذمته التزاماً طبيعياً . وليس من الضرورى أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلا عند المدين بالذات ، بل يكفى أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل فى الاعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغى أمام الضمير أن يؤدى . ونرى من ذلك أن المعيار فى العنصر الثانى موضوعى لا ذاتى ، والعبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلا ، بل بما ينبغى أن يحس ، بوعى الجماعة أو وعى الفرد المجرد ، لا بوعى المدين بالذات . وفى هذا ضبط للالتزام الطبيعى يستقر عنده التعامل .

وهذا العنصر الثانى هو العنصر المعنوى وفيه يسترشد القاضى بواجب الضمير من ناحية وعى الجماعة .

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى فى هذا الصدد أنه « فى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » . ونأتى بأمثلة على ذلك :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ ، ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فان مادفعه من الفوائد زائداً على ٧٪ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو يتعارض مع النظام العام ،

= الطبيعى ، وهو من مؤسسى النظرية الحديثة . كذلك يعد كولان وكابيتان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ ومابعدها) وبلانيول وريبير وبولانجيه (جزء ٢ فقرة ١٣٣٤) وجوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصار النظرية الحديثة .

ويلاحظ أن قواعد الآداب والأخلاق تتسرب إلى القانون من جملة أبواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثانى فكرة التعسف فى استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعى .

ويكون للمدين الحق فى استرداد ما دفع من ذلك . و هذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى إذ تقول فى العبارة الأخيرة منها : « فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر[١] » .

(٢) إذا خسر المدين فى مقامرة أو رهان ، ووفى ما خسره محسا أنه إنما يوفى ديناً واجباً فى ذمته ، فان هذه الخسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى إذ تقول : «ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق[٢] » .

---

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لاتزيد على السعر الذى يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد مادفعه من الفوائد ، فيكون دفع الفوائد فى هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعى . انظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ .

(٢) أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩٦٧) فيقضى ، على النقيض من ذلك ، بأن من خسر فى القمار ، ودفع ما خسره عن طواعية واختيار ، لايستطيع أن يسترد مادفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يجعل من دين القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يصلح سبباً لالتزام مدنى . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد — إشعاراً بمقته للقمار وإمعاناً فى كراهيته — أن يتجاهله بتاتاً ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً للقاعدة المعروفة : لا يجوز لأحد أن يحتج بغش صدر من جانبه Nemo auditur turpitudimum suam allegans (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٣٨٩) . ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفاً ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . قارن مع ذلك أوبرى ورو ويعتبران دين القمار مشروعاً فى ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجعل تنفيذه جبراً عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعيـة (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهبان إلى أن عدم إمكان تحويل دين القمار إلى دين مدنى إنما هو استثناء من قاعدة إمكان تحويل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى (ص ١٤) . انظر أيضاً فى أن دين القمار التزام طبيعى : كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ =

(٣) إذا عقد شخص مع آخر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفقا على رشوة ، ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فان هذا لا يكون التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام . وفى رأينا أنه يجوز للراشى أن يسترد الرشوة من المرشو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة فى الجزء الأول من هذا الكتاب[1] .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضى بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام[2] .

٣٩٤ — بعض حالات الالتزام الطبيعى : بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة فى الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقاً لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى .

= وفى مصر — قبل التقنين المدنى الجديد الذى اشتمل على نص صريح فى جواز استرداد دين القمار على ما رأينا — كان العمل جاريا فى الغالب على حكم القانون الفرنسى الذى قدمناه ، فكان دين القمار لايسترد باعتبار أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسكى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشية بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ص ٧٩٣) . انظر أيضاً : والتون ١ ص ٢٨ — ص ٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ .

وفى لبنان «يعد دين المقامرة أو المراهنة التزاماً طبيعياً ، لأنه وإن كان لا يخول الرابح حق المداعاة بشأنه ، لكنه لا يجيز للخاسر استرداد مادفعه اختيارا» (الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧٥) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعى ، ما يأتى : «ويتعين على القاضى عند الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبى ، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، وأن يستوثق فى النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعى ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

ونقسم هذه الحالات إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهى وحدها الالتزامات الطبيعية التى تقرها النظرية التقليدية . (٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التى تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ — التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت فى الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانونى عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية [١] . ومن هذه ما قام المانع القانونى فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاماً مدنياً صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع القانونى بعد ذلك ، فانقضى التزاماً مدنياً ليصبح التزاماً طبيعياً .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص فى الأهلية [٢] . فاذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الأجازة ، كان له أن يطلب إبطال العقد فينقلب التزامه المدنى التزاماً طبيعياً ، إذا أداه عالماً مختاراً لم يستطع أن يسترده [٣] . ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته

---

(١) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هى أيضاً على اعتبارات أدبية ، ولا تقل فى هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٢) أما العقد القابل للابطال لعيب من عيوب الإرادة — غلط أو تدليس أو إكراه — فلا يتخلف عن إبطاله التزام طبيعى ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥) .

(٣) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ — وقارن دى باج ٣ ص ٧٠ .

وهذا غير التزام القاصر بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م ١١٩ مدنى) ، فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع ، أما الآخر فالتزام طبيعى تخلف عن التزام مدنى مصدره العقد .

ويقال عادة إن كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدنى) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد قد انقلب التزاماً طبيعياً تكون كفالته صحيحة . والصحيح فى رأينا أن الكفالة فى هذه الحالة ليست التزاماً تبعياً ، بل هى التزام أصلى عقده الكفيل معلقاً على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بابطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزماً بتنفيذ العقد الذى لم ينفذه القاصر . وسنعود إلى هذه المسألة .

مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، فلا يجوزلهم أن يستردوا ما سلموه » .
وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام طبيعي تخلف عن الهبة الباطلة (١) . ولو صح هذا ، لصلح هذا الالتزام الطبيعي الذى تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها سبباً لالتزام مدنى صحيح فى ورقة عرفية أخرى . وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح فى رأينا أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل ،سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ،إذ البطلان المترتب على عيب فى الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك (٢) .

ومن أمثلة النوع الثانى الالتزام المدنى إذا تقادم . فقد نشأ التزاماً مدنياً ، وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانونى من بقائه التزاماً مدنياً ، وهو التقادم الذى تمسك به المدين (٣)، فانقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وقد ورد فى هذا الحكم نص تشريعى صريح فى التقنين

(١) انظر الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٩٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ وص ٢٥٤ . وانظر أيضاً محكمة الإسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ .

(٢) وهذا ما قررناه فى الجزء الأول من الوسيط . وقد جاء فيه ما يأتى . « . . . الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الاجازة ، وقد يسمح باجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية (الوسيط جزء أول ص ٢٥٥ فى الهامش وانظر أيضاً فقرة ٣٠١ ص ٤٩٢) . انظر أيضاً من هذا الرأى الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٥ ص ٢٢٢ هامش رقم ٢ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش رقم ٢ – والتون ١ ص ٢٧ .

وفى التقنين المدنى الفرنسى تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعي من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير ورددوان ٧ فقرة ٩٩٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨)– قارن بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٧١ — فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها بالنسبة إلى الورثة قابلة للابطال ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب إلى بطلان نسبى بموت الواهب .

(٣) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنياً (انظر المادة ٣٨٧ مدنى – وقارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

المدنى الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضى بأنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » (١). ومن أمثلة النوع الثانى أيضاً الالتزام المدنى الذى لا يثبت فى ذمة مدين وجهت إليه اليمين الحاسمة فحلفها، فان الالتزام المدنى فى هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا كانت ذمة المدين مشغولة به فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فانه ينقلب إلى التزام طبيعى ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وكذلك الحال فى الالتزام المدنى الذى صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضى، فانه إذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاماً طبيعياً (٢). والصلح مع المدين المفلس (concordat) ، الذى يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظير انقضاء الباقى ، يجعل هذا الباقى للذى انقضى بالصلح ينقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه الدائن مختاراً بعد ذلك لم يستطع استرداده (٣). ولا حجة فى الصلح لإباحة الاسترداد (٤).

---

(١) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى رسالته فى التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما إذا تعهد المفلس أن يدفع الباقى من ديونه إذا تحسنت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، فقد يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدنى أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعى، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملابسات وعبارة التعهد . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (انظر فقرة ٤٠١). ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذى يصطلح مع دائنيه مديناً تعهد أن يدفع بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية . فإذا كان هذا التعهد — باعتباره تعهداً مدنياً — باطلا، ولكن المدين مع ذلك دفع بسعر الذهب أو بسعر العملة الأجنبية المتفق عليها ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائداً عن سعر العملة الورقية ذات السعر الإلزامى ، لأنه إنما وفى التزاماً طبيعياً (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) . ولا يتفق هذا الرأى، إذا اعتبرنا شرط الذهب باطلا لمخالفته للنظام العام ، مع المبدأ الذى قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يجوز أن يقوم مخالفاً للنظام العام .

(٤) أما إذا كان الالتزام المدنى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للاثبات ، ولم يصدر حكم حاز حجية الأمر المقضى برفض الدعوى بهذا الالتزام ، فإنه يبقى التزاماً مدنياً =

٣٩٦ — التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الأولى التي وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية[1] .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخص بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذى الحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشرة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشرة يكون التزاماً طبيعياً . أما إذا صحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاماً مدنياً . وإذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشرة بعد انتهائها ، بل الإغراء على المعاشرة ، فان الالتزام لا يكون التزاما طبيعياً ، بل يكون التزاما مخالفا للآداب لايتخلف عن بطلانه التزام طبيعى .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أيضاً التزام شخص باجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) إذا لم يكن هناك التزام مدنى بالإجازة ، وذلك كاجازة خادم أخلص فى الخدمة أو وكيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض[2] . فان هذا الالتزام يبدأ واجبا أدبياً ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل فى هذه الظروف الخاصة يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى[3] . كذلك إذا أثرى شخص على حساب غيره دون أن تتوافر

=ولا ينقلب التزاماً طبيعياً . لكنه يكون التزاماً غير ثابت ، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالإقرار أو باليمين . وإذا دفعه المدين لم يستطع استرداده ، لا لأنه يدفع التزاماً طبيعياً لا يسترد ، بل لأنه يدفع التزاماً مدنياً أقر به بمقتضى دفعه إياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحاً ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن إثباته يجوز أن يكون بالبينة وألا مناص من دفعه (قارن الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) .

(١) بودرى ربارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

(٣) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ : ويشترطان أن تكون الخدمة مما يمكن تقديره بمال وألا تكون الجائزة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل هذه الخدمة .

شروط دعوى الإثراء ، لم يكن هناك التزام مدنى برد قيمة الإثراء لعدم توافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعى بهذا الرد مبنى على فكرة العدالة .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيراً التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانوناً ، فان الالتزام هنا يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن واجب التضامن بين أفراد الأسرة فى هذه الحالة الخاصة يرتفع به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى(١) . كذلك التزام الأب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاماً طبيعياً فى ذمة الأب ، بسبب توثق أواصر العلاقة الأبوية فيما بين الأب وأولاده (٢).

٣٩٧ — تأصيل لحالات الالتزام الطبيعى — الالتزام الطبيعى

يتاخم الالتزام المدنى : ونظرة إلى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعى تدل على أن هذا الالتزام مكانه فى دائرة القانون أوسع مما يظن لأول وهلة . بل إن الالتزام الطبيعى يتاخم الالتزام المدنى ، ويتعقبه خطوة خطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدنى هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وها نحن نرى أن الالتزام الطبيعى يساير الالتزام المدنى فى هذه المصادر .

فالالتزام الطبيعى الذى بدأ التزاما مدنيا ثم انقلب التزاماً طبيعياً يكون مصدره فى العادة العقد ، فهو يتاخم الالتزام المدنى العقدى . وقد لحقت العقد علة قانونية لا ترجع إلى الرضاء فى ذاته الذى هو قوام العقد ، بل ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، فنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لأن الرضاء سليم غير مشوب بعيب . ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، والالتزام الذى سقط

---

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة — والتون ١ ص ٣٣ — ص ٣٤ .
ويعد التزاما طبيعياً التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها فى وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

بالتقادم ، أو اعترضته يمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الأمر المقضى ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعى ، لأن المانع القانونى الذى حال دون توليد الآثار المدنية ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فلم ينعدم الالتزام بتاتا ، بل انقلب التزاماً طبيعيا على النحو الذى قدمناه [١] .

والالتزام الطبيعى بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ،فهو يتاخم الالتزام المدنى التقصيرى . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاما مدنيا فقد شرط من الشروط التى ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشراً ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذى عرفناه فى المسئولية التقصيرية إذ أن الإغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لايعتبر خطأ تقصيريا وأن اعتبر خطأ أدبياً يقوم على أساسه التزام طبيعى .

والالتزام الطبيعى باجازة خدمة أديت أو برد إثراء على حساب الغير يتاخم الالتزام المدنى المتولد من الإثراء بلا سبب . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من شروط قاعدة الإثراء بلا سبب يرجع إلى الصنعة القانونية . أما الشروط التى ترجع إلى طبائع الأشياء – وتتلخص فى أن شخصاً أثرى على حساب غيره – فتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعى .

والالتزام الطبيعى بالنفقة على الأقارب أو بتجهيز البنت أو بتقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتاخم الالتزام المدنى الذى يتولد مباشرة من القانون . وقد رأينا ، عند الكلام فى القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات إيجابية ترجع إلى التضامن الاجتماعى ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية [٢] . فاذا لم يبلغ الواجب الأدبى هذه الدرجة العليا من الوضوع والتحديد والقابلية للانضباط ، فان القانون لا يصل

---

(١) وهذا صحيح فيما إذا كان الالتزام مصدره العقد . أما إذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاما طبيعياً ، دون أن يرجع ذلك إلى الرضاء ، بل إلى سبق وجود التزام مدنى عاقه مانع — يرجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء — من أن يولد آثاره كالتزام مدنى .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٥ .

به إلى مرتبة الالتزام المدنى . ولكنه مع ذلك يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التحديد والانضباط وهذا هو العنصر المادى ، وإحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوى ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية (1) .

فالالتزام الطبيعى إذن هو توأم الالتزام المدنى ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدنى . وإذا كان الالتزام المدنى هو وليد الصنعة القانونية ، فان الالتزام الطبيعى هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا تتواءم فى كثير من الحالات مع طبائع الأشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الأشياء ، فان الالتزام المدنى لا يقوم خضوعاً لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعى مطاوعة لطبائع الأشياء .

ب — الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى

٣٩٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتى :

« الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » (2) .

---

(1) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية — يجاوز النهى عن الإضرار بالغير والإثراء على حساب الغير إلى الأمر بالتعاون والتضامن والمساعدة (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥) — يكون تدخله فى المنطقة الإيجابية فى أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعى الالتزام المدنى ، فهو طليعته ، يتحسس له الطريق ، ثم يعبده .

(2) تاريخ النصوص : م ٢٠١ — ورد هذا النص فى المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبيعى » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله أدق فى الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) .
م ٢٠٢ ورد هذا النص فى المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصلح =

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدنى الجديد المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدنى السابق(١) . أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها فى التقنين السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٠٢–٢٠٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٠٤–٢٠٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤و٦و٨(٢) . ولا مقابل لهما فى التقنين المدنى العراقى .

= الالتزام الطبيعى ، إذا اعترف المدين به،سبباً لالتزام مدنى » . وفى لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتى : «الالتزام الطبيعى إذا اعترف المدين به يصلح سبباً لالتزام مدنى» ،وأصبح رقم المادة ٢٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ أثارت عبارة « إذا اعترف المدين به » شبهة ، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعى ينقله إلى التزام مدنى . فذكر فى دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافاً قائماً بين الفقهاء . فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يعتبر تجديداً له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون فى هذه الحالة قائماً على غير سبب . والبعض الآخر يقول أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يصلح أن يكون سبباً للالتزام المدنى . وقد أخذ المشروع بهذا الرأى الأخير ، فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدنى، لا أن يكون سبباً لتحويل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى . وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على حذف عبارة « إذا اعترف المدين به » دفعاً للشبهات ، وعلى أن يثبت فى المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعى إلى مدنى . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٥) .

(١) م ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدنى السابق : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون لهاسترداده » . وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكماً جديداً فى موضوع الالتزام الطبيعى ، ولكنه جعل النصوص أكثر جلاء ووضوحاً مما كانت عليه فى التقنين السابق .

(٥) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٢ — ٢٠٣ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٤ — ٢٠٥ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤ : أن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعى لا يصح استرداده ولا يعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الايفاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعى ، =

٣٩٩ — المبدأ العام : قدمنا أن الالتزام إذا كان طبيعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانتفاء عنصر المسئولية من الالتزام . ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا ، فكل عمل اختيارى يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء فى الحال أو فى المستقبل بالالتزام الطبيعى ، يكون عملا معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه .

ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتى :

(أولا) الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، لا تبرعاً يجوز الرجوع فيه . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعى فى الحال .

(ثانياً) الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لإنشاء التزام مدنى . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعى فى الاستقبال ، عن طريق تحويله إلى التزام مدنى .

(ثالثاً) لا يجوز أن يقاص الالتزام الطبيعى بدين آخر ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبرى ، فاذا أجزنا المقاصة فى الالتزام الطبيعى كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

(رابعاً) كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ، وإلا كان فى هذا تنفيذ جبرى للالتزام الطبيعى عن طريق تنفيذه على الكفيل[1] .

ونفصل الآن ما أجملناه :

= ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدنى . ومثل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد (novation) التعاقد — م ٨ : إن العهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعى (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض . (وهذه النصوص لا تختلف فى جملة أحكامها عن نظائرها فى التقنين المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧٦ — إلا أن التصوير الفنى فى التقنين اللبنانى لتحويل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى هو طريق التجديد (novation) ، وهذا التصوير هو الذى كان سائداً ، ثم عدل عنه إلى التصوير الذى أخذ به التقنين المصرى الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعى سبباً لإنشاء التزام مدنى . ثم إن التقنين اللبنانى فى المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعى أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعاً ، ومن ثم لا يخضع ، من حيث الشكل والموضوع لأحكام التبرعات ، بل يخضع لأحكام المعاوضات) .

(١) وقد قدمنا عند الكلام فى الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعى ليمتنع عن تنفيذ التزام مدنى ، وإلا كان فى هذا تنفيذ جبرى للالتزام الطبيعى بطريق =

٤٠٠ — الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى جائز : يشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز إجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فاذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدى التزاماً طبيعياً ، أنه مجبر على الوفاء لأن التزامه مدنى ، أو ظن أن الالتزام الطبيعى يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق. كذلك إذا أكره المدين فى الالتزام الطبيعى على الوفاء به ، جاز له الاسترداد (١) .

= غير مباشر (الوسيط جزء أول فقرة ٤٩٥) . وسنرى أن هذا يصدق أيضاً فى الحق الحبس الذى يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ — عكس ذلك هيك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ ، وقد تأثر هيك بالقانون الرومانى ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يجيز أيضاً المقاصة فلا تعارض فيه ، أما القانون الحديث فلا يجيز المقاصة لأنها وفاء إجبارى ، ووجب أيضاً لنفس السبب ألا يجيز الحبس) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار ، وأن يكون حاصلا عن بينة منه أى وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعى لا يكفل له القانون جزاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) .وقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ بوريللى م ٢٠٨ رقم ١ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — دى هلتس (Exécution - paiement) فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الرومانى لا يجيز استرداد ما دفع وفاء لالتزام طبيعى حتى لو كان المدين اعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدنى . وفى هذا الحكم — وغيره من الأحكام كما سنرى — يبين أن القانون الرومانى كان يرتب على الالتزام الطبيعى آثاراً أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار القانون الإيطالى وكذلك المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكتفيا بأن يكون الدفع تلقائياً (spontané) ، فيجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الوفاء لا يكون فى هاتين الحالتين تلقائياً ، ولا يجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ — وفى هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٧٩) .

ولكن الرأى الراجح فى الفقه — وهو الرأى الذى سار عليه التقنين المصرى — هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعى عن بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه . ويبسط الأستاذان بودرى وبارد هذا الرأى فى العبارات الآتية : « وعلى ذلك لا يكفى فى عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم عن اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائياً =

ولا يكفى أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدنى) . وقد قدمنا ، عند الكلام فى قيام الالتزام الطبيعى ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع فى وعى الجماعة إلى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم فى تنفيذ الالتزام الطبيعى ، يشترط أن يقع فى وعى المدين بالذات أنه ينفذ التزاماً طبيعياً . وهذا هو الذى يجمع فى الالتزام الطبيعى بين وعى الجماعة ومعياره موضوعى ، وبين وعى المدين بالذات ومعياره ذاتى : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعى ، والثانى مطلوب لتنفيذه [١] .

فاذا نفذ المدين الالتزام الطبيعى عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالتزام طبيعى ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعاً (libralité) كما سبق القول [٢] . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) لا يشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة فى الهبات [٣] .

(٢) لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاه . ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع فى الهبة . ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعى لا يقلبه إلى التزام مدنى ، فانه يترتب على ذلك أن المدين إذا وفى بالتزامه الطبيعى وفاء جزئياً لم يستطع أن يسترد الجزء الذى وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقى [٤] . ويترتب على ذلك أيضاً أن ما دفعه المدين وفاء

= (spontanément) ، وإنما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم عن علم (sciemment) ، أى عن بينة من الأمر » (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعى فى إثباته للقواعد العامة فى الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣٢ — ص ٣٣٣) .

(١) الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ .

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعى إنما يتأكد وجوده وقت انقضائه (انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٧١٩) .

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٨) على ذلك صراحة كما سبق القول .

(٤) هيك ٨ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ .

لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لايضمنه المدين (١) .

(٣) لايشترط فى الوفاء بالتزام طبيعى أهلية التبرع . ولوكان الوفاء هبة لاشترطت هذه الأهلية .

(٤) إذا وفى المريض مرض الموت بالتزام طبيعى ، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به التبرع فى حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدنى ، فلا تسرى عليه أحكام الوصية . إلا أنه يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضى بأن كل تصرف صدر فى مرض الموت يعتبر صادراً على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣) ، ومن ثم يفرض فى هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت الدائن أنه وفاء لا التزام طبيعى .

(٥) أما فيما بين المدين الذى وفى بالالتزام الطبيعى ودائنيه بدين مدنى ، فقد ذهب كثير إلى أن الوفاء بالالتزام الطبيعى يبقى وفاء لا تبرعاً ، فلو طعن دائن فى هذا الوفاء بالدعوى البولصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذى وفى بالالتزام الطبيعى وغش الدائن الذى استوفى هذا الالتزام ، كما هو الشأن فى الدعوى البولصية بالنسبة إلى المعاوضات (٢) . وقدكنا ممن يذهب إلى هذا الرأى فى عهد التقنين السابق(٣) . ولكن التقنين الجديد ، وقد عد الوفاء بدين مدنى مؤجل فى حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البولصية (انظر المادة ٢٤٢ فقرة ثانية) ،لاشك فى أنه يجعل من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعى . فالمدين المعسر ، إذا وفى بالتزام طبيعى كان فى استطاعته ألا يوفى به ، يجعل لدائنيه وجهاً للاعتراض على هذا التصرف ، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لامعاوضة ، فيكون غير نافذ بالنسبة إليهم حتى لو كان كل من المدين الذى وفى بالالتزام الطبيعى والدائن الذى تلقى هذا الوفاء حسن النية (٤) . ويغلب

(١) هيك ٨ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٥٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة .

(٢) انظر فى هذا المعنى بيرو ص ١٠٧ ، الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٦٦ ص ٤٩٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠١ .

(٣) انظر الموجز فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٨ هامش رقم ٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٨ – ص ٣٢٩ — بيدان ولاجادر ٨ فقرة ٦٩٢ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٣ — الأستاذ أسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦١ .

أن يتحقق ذلك عملا فى تجهيز الأب المعسر لابنته ، فان التجهيز التزام طبيعى إذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البولصية فى هذا الوفاء باعتباره تبرعاً لا معاوضة [١] .

٤٠١ — الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لإنشاء التزام مدنى :

وكما يجوز الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء به (promesse d'exécution) ، ما دام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار. فاذا كان المدين فى التزام طبيعى ، بدلا من أن يفى بهذا الالتزام وفاء فعلياً، وعد أن يفى به ، فان هذا الوعد يصبح ملزماً له [٢] . ويكون الالتزام فى هذه الحالة التزاماً مدنياً يجبر المدين على الوفاء به . فكأن المدين قد وفى الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى [٣] .

---

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذه النتائج ، التى تترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعى إنما هو وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتى : «فإذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كان لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : أولاها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحدو نية للتبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعى ، على خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء فى تنفيذ الالتزام الطبيعى بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعا ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البولصية (وقد خالفنا هذا الرأى فيما قدمناه) وتصرفات المريض مرض الموت» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاماً طبيعيا بالنفقة عليها هى وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى إذا هو أرسل إليها النفقة مرات عدة وتعهد تعهدا صريحاً فى مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى إذا كان المخدوم قد تعهد خادمه القديم بعد أن أصبح عاجزاً بالعون والمساعدة ، ثم تعهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغاً معيناً (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ .

ويجب أيضاً – كما فى الوفاء الاختيارى – أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً [(١)] ، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته [(٢)] . ذلك أن اعتراف المدين بوجود التزام طبيعى لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذى رأيناه فى الوفاء الاختيارى – كما هو هنا فى الوعد بالوفاء – يجمع إلى وعى الجماعة بالالتزام الطبيعى وعى المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قدمنا أن وعى الجماعة ضرورى فى قيام الالتزام الطبيعى ، ووعى المدين بالذات ضرورى فى تنفيذه . ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعى مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة [(٣)] . وعلى ذلك إذا عقد المفلس صلحاً (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءاً من الديون ، ووعدهم فى الوقت ذاته بوفاء الباقى إذا انصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضى الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنياً بوفاء الباقى من ديونه فيكون هناك التزام مدنى فى ذمته معلق على شرط واقف هو انصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدنى ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته هو الوفاء بباقى ديونه متى

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ — انظر أيضا فى الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبنـاءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفى التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — لكن لا يعتد بالتزام الشخص نحو بنت زوجته إذا كان قد آواها فى منزله ، ثم خرجت إلى كنف أحد أقاربها ، فلا يعتبر ملتزما بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا صرفت شركة لأرملة موظف قديم ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولأولاده القصر نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(٢) ومن أجل ذلك حذفت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «إذا اعترف المدين به» التى كانت واردة فى المشروع النهائى للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعى كافيا لتحويله إلى التزام مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند إيراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : انظر فقرة ٣٩٨ فى الهامش) .

(٣) الأستاذ أسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ – ص ٢٣١ .

تمكن من ذلك وفى هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائماً حتى لو لم يوف بالباقى من ديونه مع قدرته على الوفاء[١] ؟ فاذا قام شك هل قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنياً أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى ، فالشك يفسر فى مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى[٢] .

وقد اختلف الرأى فى التكييف القانونى للوعد بالوفاء . ذهب رأى قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديداً (novation) للالتزام الطبيعى. فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدنى بالدين الطبيعى ، فيصبح الالتزام الطبيعى التزاماً مدنياً عن طريق التجديد بتغيير الدين (novation par changement de dette)[٣] وعيب هذا الرأى أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة ، إذ التجديد يفترض تعديلا فى الالتزام الأصلى ، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير سببه أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعى لا يتضمن تغييراً فى شىء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلا وسببا وأوصافا وأطرافا — من التزام طبيعى إلى التزام مدنى . ومن ثم اختار التقنين المدنى الجديد الرأى

---

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ — وقد يستخلص قصد المدين من عبارة التعهد (دى باج ٣ ص ٦٣) ، ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يعقدون الصلح لولا هذا التعهد فيكون التزاما مدنيا (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩— ومع ذلك انظر فى أن التعهد يبقى التزاماً طبيعيا إذا أكره المفلس وقت الصلح على أن يوقع كبيالة لصالح دائن ليحمله على إقرار الصلح : محكمة اسكندرية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٢٤٨) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ – ص ٣٣٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ مكررة — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٩ — تالير موجز القانون التجارى طبعة ثامنة فقرة ٢٠٩٧ .

(٣) انظر فى جواز أن يكون الالتزام الطبيعى محلا للتجديد : أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ — بودرى وبارد ٢ — فقرة ١٦٧٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ — جوسران ٢ فقرة ٩١٦ — والتون ١ ص ٣٦ – ص ٣٨ — وانظر أيضا فى هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . ومن ثم نرى أن القضاء المصرى ، فى عهد التقنين السابق ، كان يسير على هذا الرأى . وانظر أيضا المادة ٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وهى تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

الحديث فى الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعى إنشاء لالتزام مدنى سببه هو الالتزام الطبيعى ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعى أنه يصلح سبباً (cause) لانشاء التزام مدنى[(١)] . فاذا وعد المدين فى التزام طبيعى دائنه بوفاء الالتزام ، كان هذا الوعد ملزماً للمدين[(٢)] ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح التزاماً مدنياً توافرت فيه كل أركانه من رضاء ومحل وسبب .

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعى ، كالوفاء الاختيارى بهذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعا ، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه فى ذلك شأن الوفاء الاختيارى فيما قدمناه[(٣)] .

٤٠٢ – لا يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى : تقتصر آثار الالتزام الطبيعى على جواز الوفاء الاختيارى به وعلى جواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذى قدمناه . ففى هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالتزام الطبيعى ، بل أداه مختاراً وهو على بينة من أمره .

---

(١) كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٧ — دى باج ٣ فقرة ٦٣ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأى فى هذا الخلاف . والحق أن الاعتراف لا ينطوى على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعى التزاما مدنيا ، بل هو إنشاء لالتزام مدنى يقوم الالتزام الطبيعى منه مقام السبب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٣).

(٢) والرأى الراجح فى الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين المنفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن أن يوقعوا حجزاً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دى باج ٣ فقرة ٤٣) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص٥٠٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٢ — ومن ثم لا يشترط شكل خاص فى الوعد بالوفاء كما مشترط ذلك فى الهبة . كذلك لا تطلب أهلية التبرع ، ويكتفى بأهلية التصرف (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . وإذا صدر الوعد فى مرض الموت لا يعتبر تبرعاً إذا أثبت الدائن أنه وعد قصد به الوفاء بالتزام طبيعى . أما بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعاً ، شأنه فى ذلك شأن الوفاء الاختيارى .

أما إجبار المدين على الوفاء فلا يجوز فى الالتزام الطبيعى ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجباريا للدين ، لأن المدين يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما عليه من الدين بما ثبت له من حق فى ذمة دائنه دون أن يكون مختاراً فى ذلك ، فان المدين فى التزام طبيعى إذا كان له فى الوقت ذاته حق مدنى فى ذمة دائنه ، فحقه هذا لا ينقضى بالمقاصة القانونية فى مقابلة التزامه الطبيعى ، وإلا كان فى هذا إجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعى ، وهذا لا يجوز[1] .

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضى بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضعفاً ، فلا يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى[2] . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، إذا كان الحق الذى له حقاً مدنياً ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعى فى ذمته لمدينه ، إذ هو فى هذه الصورة إنما يوفى بالتزامه الطبيعى اختياراً لا إجباراً[3] .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يقاص التزام طبيعى فى التزام

---

(١) وقد كان القانون الرومانى يجيز المقاصة ما بين التزام طبيعى والتزام مدنى . وهنا أيضاً نرى هذا القانون يتوسع فى آثار الالتزام الطبيعى ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعى ولو كان الوفاء عن غلط .

(٢) أما المقاصة القضائية — وهى وفاء اختيارى — فتجوز بين التزام طبيعى والتزام مدنى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص٥٠٢ هامش رقم ١ — وهل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لانرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء إجبارياً ، وقد يكون أحد المدينين أو كلاهما لا يريد الوفاء مختاراً بالتزامه الطبيعى للآخر . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان : (أولا) إذا إذا لم يف أى من المدينين بالتزامه الطبيعى مختاراً لم يجبر على ذلك ، ولا يختلف هذا الوضع عن الوضع الذى تقع فيه المقاصة إلا فى أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما فى الوضع الأول فيبقى الدينان قائمين وإن كان لا يجبر أحد من المدينين على الوفاء به . (ثانياً) إذا وفى أحد المدينين للآخر بالتزامه الطبيعى مختاراً ولم يرد الآخر أن يوفى هو أيضاً بالتزامه الطبيعى نحو الأول ، لم يستطع الأول أن يسترد ما وفاه بدعوى أنه وفى بالتزام طبيعى سقط بالمقاصة .

مدنى[1] » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى المقاصة [2] » .

٤٠٣ — لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى : كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الدين الطبيعى المكفول [3] . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعى عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلى ، فيكون المدين بالتزام طبيعى قد أجبر فى النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز [4] .

أما الشبهة التى تقوم فى شأن كفالة ناقص الأهلية فمندفعة . ذلك أن المادة ٧٧٧ من التقنين المدنى نصت على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «لا يجوز أن يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى ، لأن المقاصة ضرب من ضروب الوفاء القهرى . بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين دينه المدنى ودين طبيعى يلزمه أداؤه ، إذ القصاص فى هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ .

(٣) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمى أو رهن حيازى لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التى لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية (هيك ٧ فقرة ٢٣٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٦ — الموجز للمؤلف ص ٤٦٩ هامش رقم ١ — قارن جيللوار فى الكفالة فقرة ٥٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ — ص ٥٠٤).

(٤) لوران ١٧ فقرة ٢٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٥ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ — ص ٥٠٤ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة يترتب بموجبها فى ذمة الكفيل التزام مدنى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

وقد كان القانون الرومانى ، هنا أيضاً ، يجيز كفالة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الرومانى فى آثار الالتزام الطبيعى ، وقد رأينا الوجهين الأولين فى منع الاسترداد ولو كان الوفاء عن غلط وفى مقاصة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى .

إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بالمعنى المألوف ، بل هى التزام أصلى أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه [1] .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً، ولكن التزام الكفيل فى هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدنى) . ويتحقق هذا الفرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى (م ٧٨٢ فقرة أولى مدنى) ، ومنها الدفع بنقص الأهليـة(٢) ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فان كان الذى وفى التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً، لأن التزام الكفيل الطبيعى تبع لالتزام المكفول. وإن كان الذى وفى التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر(٣).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ فى الهامش .

(٢) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من التقنين المدنى بأنه «إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه ». ويستخلص ، بطريق العكس ، من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد كان له أن يحتج بهذا الوجه . أما إذا كان عالماً بنقص الأهلية — وهذا هو الفرض الذى ورد فيه النص — فانه يكون عندئذ قد كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدنى) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحو الذى قدمنـــاه (قارب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٩ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٧٠ — وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥) .

(٣) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعى التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذى قدمناه ، فانه تجوز كفالته بالتزام مدنى ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام مدنى آخر (قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٣٣٥) — ويعد وعداً ضمنياً بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهناً أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ وفقرة ٩٩٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ — وقارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً صريحاً فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه « لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية ما دام التزاماً طبيعياً » [١] . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة » [٢] .

§ (٢) — الالتزام المدنى

(Obligation civile)

٤٠٤ — التنفيذ جبراً على المدين : بعد أن فرغنا من الكلام فى الالتزام الطبيعى ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدنى ، وهذه هى الصورة المألوفة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فاننا لا نقصد به إلا الالتزام المدنى .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية — انظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتينى — ما بقى فى نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعل أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلا لا تابعاً . وصفوة القول إن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا اعترف به وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . ومما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يجيز كفالة الالتزام الطبيعى كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعى من ذمة إلى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعى من ذمة المورث إلى ذمة الوارث حتى فى القانون الفرنسى الذى تنتقل فيه الديون بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى فى ذمة ورثة الواهب ، يكون هذا الالتزام الطبيعى أصيلا فى ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداء فى ذمتهم ولم ينتقل إليهم من المورث . انظر فى ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٤٠ — وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ .

العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وقد تقدم بيانها تفصيلا فى الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذى يميز الالتزام المدنى عن الالتزام الطبيعى هو، كما قدمنا ، أن الالتزام المدنى ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ فقرة أولى مدنى) . ذلك أن هذا الالتزام يجتمع فيه، كما سبق القول، عنصرا المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجيز الوفاء به كما فى الالتزام الطبيعى ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعى .

وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية فى هذا الموضوع أن أموال المدين جميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .

فنعالج إذن – استعراضاً لآثار الالتزام – هذه الموضوعات الثلاثة فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العينى .

الباب الثانى : التنفيذ بطريق التعويض .

الباب الثالث : القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

الباب الأول

التنفيذ العيني

(Exécution en nature — Exécution directe)

٤٠٥ — **متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون** : نبدأ ببيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

الفصل الأول

متى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — يجبر المدين ، بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩و٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً » .

« ٢ — على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما[1] » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن حكم الفقرة الأولى كان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هي استثناء من القاعدة العامة في وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني . وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع في مصر . فمن واجب القاضي في هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن ، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جساماً درءاً لضرر طفيف . وذكر أيضاً أن إدارة القضايا في كثير من مخالفات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضي بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة لأن الإزالة عقوبة ، فنطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التي قامت من أن القاضي الجنائي قد يحكم بالغرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الإرهاق المذكور في الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالإرهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضي . ثم أعيد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد بل قنن ما سار عليه القضاء . وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٩ — ص ٥١٣) .

معمولا به دون نص ، أما حكم الفقرة الثانية فستحدث وهو منقول عن التقنين الألمانى [1] .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٤٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٤٩ [2] .

٤٠٧ — شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً أربعة لاقتضاء التنفيذ العينى :

(أولا) أن يكون التنفيذ العينى ممكناً .

(ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام عيناً وللمدين عرض القيام بذلك مابقّى هذا التنفيذ ممكناً . ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استمد حكمها من التقنين الألمانى ، فإذا لم يكن التنفيذ العينى ميسوراً إلا ببذل نفقات لاتتناسب معماينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عيناً ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التعويض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

على أن هذا النص المستحدث ليس فى الواقع إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء المصرى ، كما سبق القول . ولذلك يكون له ، باعتباره نصاً مفسراً ، أثر رجعى ، فيسرى على الحوادث التى تمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٤ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٤٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أنها لا تنص على الإعذار) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عيناً ، إذ أن للدائن حقاً مكتسباً فى استيفاء موضوع الموجب بالذات . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، حتى فيما يتعلق بجواز التعويض إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ما دام نص التقنين اللبنانى يتضمن عبارة «على قدر المستطاع» ، ويمكن تفسيرها فى شىء من التوسع ، ومع ذلك قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣ — ص ٤) .

(ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاق للمدين ، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيما .

(رابعاً) أن يعذر المدين .

٤٠٨ — الشرط الاول — أن يكون التنفيذ العينى ممكنا : فاذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين ، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العينى ، ورجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، أو انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ، أو صيرورة العمل الذى التزم به المدين مستحيلا .

ويعتبر التنفيذ العينى غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضى تدخل المدين الشخصى ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص فى عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفى كل عمل فنى كعمل الطبيب وعمل المهندس . فاذا لم يلجأ القاضى إلى طريق التهديد المالى ، أو لجأ إليه ولم ينتج ، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العينى غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التعويض .

أما فى الالتزام بنقل حق عينى (م ٢٠٤ مدنى) ، وفى الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد بالبيع (م ٢١٠مدنى) ، فالتنفيذ العينى ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضى . وفى الالتزام بالامتناع عن عمل ، إذا أخل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، ولكن التعويض العينى — بازالة ما وقع مخالفاً للالتزام (م ٢١٢ مدنى) — قد يكون ممكناً ، وقد يضاف إليه تعويض نقدى عن الضرر الذى حدث بفعل المدين .

فامكان التنفيذ العينى يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ[1] .

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤١ .

وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون فى تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعاداً معيناً ، كممثل تخلف عن التمثيل فى الميعاد المحدد ، وكادارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكاناً للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فاذا فات الميعاد الذى يجرى فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العينى غير ممكن حكما ، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفى غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً وينذره فى الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العينى بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن (١) .

٤٠٩ — الشرط الثانى — أن يطلب الدائن التنفيذ العينى أو يتقدم به المدين : إذا طلب الدائن التنفيذ العينى ، وكان ممكنا ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصراً على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيذ العينى أى على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) (٢) . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العينى — ويكون فى هذه الحالة ممكناً بطبيعة الحال — فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه ، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العينى الكامل ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بقى بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، فتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل فى حدود الإمكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير . ويهيىء التقنين الألمانى للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين فى مثل هذه الحالة . فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (انظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألمانى) . وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعى خاص . أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العينى يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

رضى به الدائن أو أباه (١) .

فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العينى — حتى إذا كان ممكناً — واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً ، فانه يستعاض عن التنفيذ العينى بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العينى وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العينى فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العينى (٢) .

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييريا أو التزاما بدليا بجانب التنفيذ العينى . فليس للالتزام إلا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر « أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها ، فلها أن تستردها وأن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغى أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عيناً ، فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عيناً إذا شاءت » ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون إنذاراً منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عيناً (نقض مدنى ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العينى التعويض العينى ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل ، ولا يصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض عيناً . فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدى ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عيناً — كرد الشىء المغتصب — وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى . وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

(٢) هذا وإذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العينى إذا كان هذا التنفيذ ممكناً . وكذلك إذا طلب التنفيذ العينى ، فالمفروض أنه طلب ضمناً التعويض إذا تعذر التنفيذ العينى ، فإذا قضى له فى هذه الحالة بالتعويض فلا يعد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٣٩ ص٣١٩) .

التنفيذ العيني . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخييرى . ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام بدلى (١) . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدى ، لا بارادة الدائن وحده ، ولا بارادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقى التنفيذ العيني ممكناً ، أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . وفى هاتين الحالتين لايكون التعويض النقدى إلا بديلا عن التنفيذ العيني ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وإنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون (٢) . أما إذا أصبح

---

(١) وقد رأينا أن العربون التزام بدلى ، أما الشرط الجزائى – وهو تعويض قدره الطرفان – فليس بالتزام بدلى ولا التزام تخييرى ، شأنه فى ذلك شأن التعويض (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ هامش رقم ١) .

(٢) ويترتب على ذلك أن الضمانات التى تكفل الالتزام فى تنفيذه العيني تبقى لتكفل التعويض النقدى عندما يحل محل التنفيذ العيني (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٣ — دى باج ٣ فقرة ٩٨ — الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣١ – وقارن مازو فى المسئولية ١ فقرة ١٠٠ . وانظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى مايأتى : « أن محل الالتزام هو التنفيذ العيني لا التعويض . وهو مايجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو مايجب أيضاً أن يعرضه المدين على الدائن إذا أراد براءة ذمته من الدين . فما دام التنفيذ العيني ممكناً فإن التعويض لايكون التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلياً — فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، وأصبح المدين مسئولا عن التعويض ، فليس معنى ذلك أن الالتزام بالتنفيذ العيني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذى تغير هو محل الالتزام ، فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التى كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد مايأتى : « إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل فى حدود الإمكان ، فمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به . وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقدين . ذلك أن التعويض لاينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى . فهو ليس موكولا للتخيير ، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين ، سواء فى ذلك الدائن أو المدين . فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ، ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدى ما بقى الوفاء العيني ممكناً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

التنفيذ العينى مستحيلا بغير خطأ المدين، فقد انقضى الالتزام ، لأن محله أصبح مستحيلا باستحالة التنفيذ العينى ، ولأنه لا محل للتعويض النقدى لانتفاء المسئولية.

٤١٠ — الشرط الثالث — ألا يكون فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً :

وقد يكون التنفيذ العينى ممكناً ، ومع ذلك يعدل عنه المدين بارادته وحده ، ويقتصر على دفع تعويض نقدى ، على أن يتوافر لذلك شرطان :

(أولا) أن يكون فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين. والإرهاق ينطوى على معنى العنت الشديد ، ولا يكفى فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب أن يكون التنفيذ العينى من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة ، ويترك التقدير فى ذلك للقاضى [(١)]. وشرط الإرهاق هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة فى عقود الإذعان وفى الظروف الطارئة وفى مواطن أخرى كثيرة [(٢)].

(ثانياً) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العينى إلى التعويض ضرر جسيم. فلا يكفى إذن أن يكون فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العينى والاقتصار على التعويض. والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن. فاذا أمكن تفادى إرهاق المدين، ولو بضرر يسير يصيب الدائن،

---

(١) وقد رأينا فى تاريخ نص المادة ٢٠٣ (انظر آنفاً فقرة ٤٠٦ فى الهامش) ، فى المناقشات التى دارت فى لجنة مجلس الشيوخ ، أن « المراد بالإرهاق العنت الشديد ، ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك للقاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢).

(٢) وفى فرنسا يذهب القضاء إلى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العينى ممكناً ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العينى يكون مرهقاً للمدين أو للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ — ١ — ١١١ — انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — وقارن بودرى وبارد ١ فقرة ٤٣٨).

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى مادام ممكناً، ولكنه يكون متعسفاً فى هذا الطلب ، فلا يجاب إليه ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العينى مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن (الموجز ص ٤٣٩ هامش رقم ١).

جاز أن يحل التعويض النقدى محل التنفيذ العينى . أما إذا كان التنفيذ العينى لا يترتب عليه إرهاق شديد للمدين ، أو ترتب عليه هذا الإرهاق ولكن العدول عنه إلى التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيما ، وجب الرجوع إلى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العينى دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا ، ما دام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن الدائن الضرر الجسيم الذى يصيبه من جراء عدم التنفيذ العينى . وإذا كان لابد من إرهاق المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيما ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه فى غير تعسف .

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التى نحن بصددها ما ورد فى المادة ١٠١٨ من التقنين المدنى ، وتنص على ما يأتى : « ١ — إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره . ٢ — وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . فهنا يقضى النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العينى — والتنفيذ العينى هو هدم البناء (١) — إذا رأى القاضى ما يبرر ذلك . والقاضى يرى مبرراً لذلك إذا كان الهدم يرهق المدين فى الوقت الذى لا يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيما بالدائن (٢) . وقد كان القضاء المصرى ، فى عهد التقنين السابق ، يسير

---

(١) سنرى عند الكلام فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بعد وقوع الإخلال به إنما هو فى الحقيقة تعويض عينى لا تنفيذ عينى . ولكن التعويض العينى ، فيما نحن بصدده من قاعدة ، لا يختلف عن التنفيذ العينى .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العينى ممكناً ، مقتدياً فى ذلك بالتقنين الألمانى . فأباح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدى إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العينى ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا . وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . وقد تقدمت الإشارة إلى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام أو ارتفاق بعدم البناء ، وهو أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوى =

على هذه القاعدة دون نص لاتفاقها مع قواعد العدالة [١] .

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العينى إذا كان هذا مستحيلا ، أو كان ممكناً واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيما بالدائن .

٤١١ — الشرط الرابع — اعذار المدين : وإعذار المدين واجب فى التنفيذ العينى إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار (م ٢٠٣ فقرة أولى مدنى) . أما إذا كان التنفيذ العينى يتحقق بحكم القانون ، أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار فى هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الإعذار فى المطالبة بالتعويض النقدى . ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العينى [٢] . فاذا لم يقم الدائن باعذار

= الشأن وأن يتحامى تحميل المدين تضحيات جساماً درءاً لضرر طفيف » مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ — ص ٥١١) .

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — وقارب : نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء فى مناقشات لجنة الشيوخ — انظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ فى فقرة ٤٠٦ فى الهامش — أن الحكم « مأخوذ مما استقر عليه القضاء ، فانه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفى سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد ، بل قنن ما سار عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ — ص ٥١٣) .

وانظر أيضاً نصين تشريعين قريبين لأن يكونا تطبيقاً لنفس المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ . فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتى : « ١ — إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢ — إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتى : « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل » .

(٢) انظر فى ضرورة الإعذار فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢٠ مارس =

المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العينى ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العينى ، فيخسر الدائن فى هذه الحالة مصروفات التقاضى ، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره فى تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعذاراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مسئولا عن تأخره .

ولما كان الإعذار إنما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدى ، فنرجىء الكلام فى كيفيته وفى الآثار التى تترتب عليه إلى المكان الذى نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

=سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ — وانظر فى عدم ضرورة الإعذار فى ذلك العهد أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسماً فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح إذ أوجب الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العينى (م ٢٠٣ فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مناقضاً لذلك ، فقد جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : « لا ضرورة للإعذار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عيناً لا بالوفاء بمقابل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) .

وانظر فى ضرورة الإعذار فى جميع الأحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العينى أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دى باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ — على أننا سنعود إلى الإعذار عند المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، فإن الرأى منقسم فى ضرورة الاعذار فى هذه الحالة

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٤١٢ — مسألتاند : نتكلم هنا فى مسألتين :

(أولا) موضوع التنفيذ العينى (المديونية) .

(ثانياً) وسائل التنفيذ العينى (المسئولية) .

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العينى

٤١٣ — تقسيم الالتزام بالنسبة الى محله : موضوع التنفيذ العينى هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عينى آخر .

(٢) الالتزام بعمل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عينى آخر

Obligation de donner

٤١٤ — حالتاد : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه .

المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل[1] ».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٩١/١٤٥ و ٩٢/١٤٦ و١١٨/١٧٥[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٤٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٧ ، ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ — ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هى نصوص التقنين المدنى السابق :

م ٩١/١٤٥ : التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشيء معيناً ومملوكا للمتعهد — م ٩٢/١٤٦ : التعهد باعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الاخلال بحق الإمتياز والرهن العقارى والحبس — م ١١٨/١٧٥ : إذا كان الدين عيناً معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عينى فيها . (وأحكام التقنين المدنى الجديد لا تختلف عن هذه الأحكام) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٥ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٤٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) . =

٤١٦ — نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها — التمييز بين المنقول والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عينى (obligation de donner) — سواء كان الحق العينى حق ملكية أو أى حق عينى آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن — يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العينى إلى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، إذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات (corps certain) يملكه المدين .

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد[1] .

ويجب فى هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

٤١٧ — الشيء الذى يقع عليه الالتزام منقول : فاذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام منقولا وكان عيناً معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة

= التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل للنص — ولكن انظر فى عقد البيع المواد ٣٩٣ إلى ٣٩٥ — ولا خلاف فى الأحكام مابين هذا التقنين والتقنين المدنى المصرى .

(١) ويذهب بنكاز (Bonnecase) إلى أنه لا يوجد اليوم مايمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكفى للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر (انظر : التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧) . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى(Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشىء التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فان الالتزام بنقل حق عينى على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها رهناً حيازياً لضمان دين فى ذمته ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشترى أو بترتيب حق رهن حيازى عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزم فى ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنتقل ملكية السيارة فعلا إلى المشترى أو يترتب حق الرهن فعلا لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (ا) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأى منهما ، انتقلت الملكية إلى (ا) المشترى الأول دون (ب) المشترى الثانى . فاذا سلمها إلى (ا) ، فانه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فان هذا يصبح مالكاً للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولا إلى (ا) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية فى هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلى الذى تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (ا) المشترى الأول الذى انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة [1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتفرع على وجوب التنفيذ العينى وجوباً نافياً للتخيير أن الالتزام بنقل حق عينى يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عينى ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على إطلاقه أى تحفظ أو قيد . فاذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (إنزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عينى ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولا إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عينى ، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ – ص ٥١٥) .

٤١٨ — **الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار** : أما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فان الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل تجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد ، والتسجيل إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه [١] .

فاذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشترى ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها فى دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً فى ذمة البائع ، يتراخى تنفيذه إلى وقت التسجيل . ويكون البائع فى الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الإمضاء ، فاذا لم يقم بهذا الالتزام استطاع المشترى أن يحصل على حكم من القاضى بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، فاذا سجله المشترى انتقلت اليه الملكية (انظر م ٢١٠ مدنى) . أما الالتزام بانشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فان هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضرورياً فى سريان الرهن فى حق الغير [٢] .

---

(١) نقض مدنى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ — ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ — ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ .

(٢) يذهب الأستاذ شفيق شحاته فى كتابه « النظرية العامة للتأمين العينى سنة ١٩٥٢ ص ٤١ — ص ٤٣ » إلى : « أن التأمين العينى باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا أمر القاضى ، ولا يكون مصدره المباشر نص القانون إلا فى بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقى للرهن الرسمى فهو واقعة القيد ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن =

على أن الحق العينى العقارى — ملكية كان أو حقا آخر — الذى ينتقل للدائن يكون خاضعا للحقوق العينية العقارية الأخرى التى تكون قد حفظت من قبل

= الحيازى العقارى وحقوق الامتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر أثره ابتداء فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العينى . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشىء حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتما نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة فى وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال ، لا العقد أو الأمر . على أن العقد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانونى للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجا لأثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضى أو نص وارد فى القانون » .

ونلاحظ على هذا القول ماياتى :

(أولا) يذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن كحق عينى — لا كعقد — لا يمكن أن يكون له أثر إلا فى حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدنى من أنه « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » . هذا إلى مايقيد حق الرهن من سلطة الراهن فى إيجار العين المرهونة وفى قبض أجرتها مقدماً (م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدنى) . وكذلك الأمر فى رهن الحيازة ، فان الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشىء المرهون (م ١١٠١ مدنى) . بل إن أثر رهن الحيازة — كحق لا كعقد — بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدنى على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية مايبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لايد له فيه » . وليس هذا الالتزام إلا حلقة فى سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن فى استثمار الشىء المرهون وفى إدارته وفى رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (انظر المواد ١١٠٤ — ١١٠٧ من التقنين المدنى) . ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما تترتب على الرهن كعقد لا كحق ، فإن نصوص التقنين المدنى صريحة فى أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولفظ « الرهن » مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد فى الحالتين .

(ثانياً) وما دام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد ، فهذا =

بالتسجيل أو بالقيد . فالمشترى للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ؛ ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع (١) . والكلام في أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر .

المطلب الثانى

محل الالتزام شىء لم يعين إلا بنوعه

٤١٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد . وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو العقد لا التسجيل ، فأولى إن يقال أن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد ، إذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

(ثالثاً) أما القول بأن القيد وحده هو الذى ينشىء حق الرهن ، فيستتبع حتما القول بأن التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية . ومن الواضح أن نظام الشهر فى مصر — ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقارى فى هذا النظام — لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، إلى أن يدخل نظام السجل العقارى ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل فى ذاته .

(انظر فى ذلك : التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس فى قسم الدكتوراه للمؤلف ص ١٢٧ — ص ١٢٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام بنقل الحق العينى فى هذه الحالة بالتزام بعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار فى تيسير إجراء التسجيل ، ولاسيما من طريق التصديق على إمضائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى على التراضى فترة من الزمن ، وهذه هى علة التفريق فى هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

« ويتفرع على ماتقدم — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أن للدائن أن يتسلم الشىء المعين بذاته الذى التزم المدين أن يدلى به إليه ، منقولا كان أو عقاراً ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشىء مملوكاً للمدين وقت إنشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك . والثانى ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عينى لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يحوز منقولا بحسن نية أو مشتر آخر آل إليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم فى المادة ١١٨/١٧٥ من التقنين الحالى (السابق) . ولم ير المشروع محلا للتنويه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ماتقدم من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) .

« ١ — إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيء » .

« ٢ — فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض(١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفقرة ثانية (٢) .

٤٢٠ — الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين الا بنوعه : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ — ص ٥١٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون . (والحكم لا يختلف في التقنين اللبناني عنه في التقنين المصري) .

القانون على خلاف ما رأينا فى الشيء المعين بالذات . والسبب واضح : ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية فى أن تنتقل ملكيته أو أى حق عينى آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١ — **الشيء غير المعين نقود** : فاذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه نقوداً ، فقد رأينا عند الكلام فى محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور فى العقد[1] ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤ مدنى). ورأينا أن السعر الإجبارى (cours forcé) للورق النقدى ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئاً فى حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام، سواء كان ذلك فى التعامل الداخلى أو فى التعامل الدولى[2].

فاذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددى دون زيادة أو نقص، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض. والسبب فى ذلك أن من خصائص النقود أن أى مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه ، ولا يكفى فيه الإفراز. فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنيهاً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلا منه ، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها .

والتنفيذ العينى بدين من النقود ممكن دائماً ، طوعاً أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقداً من الثمن .

٤٢٢ — **الشيء غير المعين ليس نقوداً** : أما إذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً ، فان انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أى حق عينى آخر يتعلق به

---

(١) أو المقدر فى الحكم فى حالة التعويض عن المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٦ — قارن : نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين إردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية . فاذا ما تم التعيين ، ويكون ذلك بافراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشترى ، أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته إلى المشترى بهذا الإفراز دون حاجة فى هذا إلى التسليم . ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه إلى المشترى ، ووضعه فى مكان معين — شونة أو مخزن — ثم دعا المشترى لتسلمه بطريق الإعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشترى لأنه ملكه وانتقلت فى الوقت ذاته تبعة الهلاك إليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه .

على أن المألوف فى التعامل هو أن يكون إفراز الشىء عند تسليمه إلى المشترى ، فيتم الإفراز والتسليم فى وقت واحد . ومن ثم يقال فى بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الافراز لم يتم إلا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذى ينقل الملكية .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشىء الذى لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً — كما إذا باعت إحدى شركات أراضى البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين — فان ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشترى بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذى لا يتم طبعا إلا بعد التعيين ، ويصبح المشترى مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ — كيف يكون التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشىء على النحو المتقدم وتسليمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عينا أو تعويضاً .

والتنفيذ العينى يكون بحصول الدائن على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضى فى ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشىء والرجوع على المدين بما تقدم بيانه . فاذا

كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء ، وكان الانتظار طول الوقت الذى يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضرراً بليغاً بالدائن ، كان له دون حكم — ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المدين — أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى، وهنا يتمكن القاضى من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائى فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعاً فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع (١) .

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشىء نقداً مع التعويض عن التأخر فى التنفيذ . وتجرى هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التى سيأتى ذكرها عند الكلام فى التنفيذ بطريق التعويض (٢) .

المبحث الثانى

الالتزام بعمل

(obligation de faire)

٤٢٤ — أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدى ينقسم

(١) انظر قريباً من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام بنقل حق عينى شيئاً معيناً بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عيناً إلا بفرز المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين فى هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه عند الاستعجال . وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشىء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين ، ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المعقود عليه لا قيمته . وللدائن فى كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عيناً وحالة الوفاء بمقابل، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر فى التنفيذ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزام ببذل عناية (obligation de moyen) . ويمكن القول إن كل التزام — عقدياً كان أو غير عقدى — يكون إما التزاماً بغاية أو التزاماً بعناية (١) . فالالتزام بنقل حق عينى هو دائماً التزام بغاية . وكذلك هو شأن الالتزام بالامتناع عن عمل (٢) . أما الالتزام بعمل فيكون فى بعض صوره التزاماً بعناية ، ويكون فى صور أخرى أخرى التزاماً بغاية . فاذا كان التزاماً بغاية ، فهو لايعدو أن يكون التزاماً بتسليم شىء أو التزاماً بانجاز عمل معين .

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) التزاماً بتسليم شىء (٣) التزاماً بانجاز عمل معين .

ونستعرض كلا من هذه الأقسام .

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء ، أو أن يقوم بادارته ، أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » .

---

(١) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١ .

(٢) ولا يقال إن الالتزام بعدم الإضرار بالغير التزام بالامتناع عن عمل وهو فى الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، فالصحيح أن هذا الالتزام ليس التزاماً بالامتناع عن الإضرار بالغير ، بل هو التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير . فهو التزام بعمل ، وليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، ومن ثم صح أن يكون التزاماً ببذل عناية .

« ٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم[1] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢١٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٥١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢١٤ [2] . ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى [3] .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم[4] » .

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (انظر الوسيط الجزء الأول ص ٦٥٨ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٢ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥١ (تتفق فى الحكم مع المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى، وإن اختلفت اختلافاً طفيفاً فى الصيغة) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٤ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى) .

(٣) إذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فلسنا نرى مانعاً ، والتقنين اللبنانى يستقى مبادئه العامة من نفس المصادر التى يستقى منها التقنين المصرى ، من سريان هذا الحكم كمبدأ عام من مبادىء التقنين اللبنانى (انظر فى تطبيقات خاصة لهذا المبدأ : م ٥٦٨ لبنانى فى عقد الإيجار — م ٦٩٦ فى عقد الوديعة — م ٧٢٢ فى الحراسة — م ٧٤٦ — ٧٤٨ فى عقد العارية — م ٧٨٥ — ٧٨٦ فى عقد الوكالة) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائى ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ — ص ٥٢٠) .

المادة ٢٠٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٩ [١] . ولا مقابل له فى كل من التقنين المدنى العراقى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى [٢] .

٤٢٦ — الالتزام ببذل عناية متعلق بشىء أو بعمل : وقد أوردت المادة ٢١١ مدنى ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقا بشىء أو متعلقا بعمل .

فاذا كان متعلقاً بشىء ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشىء ، كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشىء المودع (م ٧٢٠ مدنى) ، والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشىء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ وم٥٨٣ مدنى) ويدخل فى ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشىء الذى يتضمنه الالتزام بنقل الحق العينى ، فقد رأينا المادة ٢٠٦ تقضى بأن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن التزاماً بعمل فى قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم المدين بأن يحافظ على الشىء وهذا التزام ببذل عناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فهو يتضمن التزاماً بتسليم المبيع إلى المشترى والتزاماً بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (انظر المواد ٤٣١ و٤٣٧ — ٤٣٨ مدنى) . (٢) أو يكون إدارة هذا الشىء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة بادارة العين المرهونة لاستثمارها استثماراً كاملا (م١١٠٤ فقرة ثانية مدنى) ، وكالتزام الوكيل فى الإدارة بادارة العين الموكول إليه إدارتها (م ٧٠١ مدنى) . وقد تكون إدارة الشىء لمصلحة الدائن كما فى الوكيل بالإدارة ، أو لمصلحة المدين كما فى المستأجر عند ما ينتفع بالعين ، أو لمصلحتهما معاً كما فى الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٧ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدنى المصرى) .

(٢) ولكن يعمل بهذا الحكم فى كل من التقنينين العراقى واللبنانى ، تطبيقاً للمبادىء العامة .

والمحامى يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النيابة عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخى الحيطة فى القيام بالعمل الموكول إليه . فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة فى العلاج ولا عليه أن يشفى المريض ، والمحامى عليه أن يبذل العناية المألوفة فى الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية .

٤٢٧ — العناية المطلوبة فى الالتزام ببذل عناية : ويعتبر المدين ، فى جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، إذا هو — كما يقول النص — بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت إدارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى . ففى العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدنى) . وفى الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدنى) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك . على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذى لا يكون المدين فيه مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم[١] .

٤٢٨ — احالة : وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية العقدية ، فنكتفى هنا بالإحالة إليها[٢] .

المطلب الثانى

الالتزام بالتسليم

٤٢٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ — ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ — فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

« ١ — إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن » .

« ٢ — ومع ذلك لايكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة » .

« ٣ — على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تكون على السارق[١] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢١٠[٢] ، أما التقنين المدنى العراقى فقد اشتمل فى هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ إلى ٤٢٨) سيأتى ذكرها عند الكلام فى استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن يبدو أن المبادىء العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٢١٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار إليهما فى الفقرة الثالثة « الهلاك الكلى أو الجزئى وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر » . وأصبح النص مطابقاً وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢١ وص ٥٢٣ — ص ٥٢٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ١٠٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٠ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى المصرى) .

٤٣٠ — الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا وقد يكون التزاما تبعيا : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلا ، فيكون منذ البداية التزاماً بعمل . مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنده برد الشيء المودع ، والتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة .

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عينى على النحو الوارد فى المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها . مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى ، والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عينى إما الى المشترى وإما إلى الشركة (١) .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلا أو التزاماً تبعياً ، فان تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن ، وفقاً لأحكام القواعد العامة فى التسليم . فاذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً ، أجبر على التنفيذ عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

٤٣١ — تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر فى هذا الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء إذا هلك قبل التسليم . فاذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدراً ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً أو التزاماً أصلياً .

فاذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عينى ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلى بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم فى هذه الحالة ليس فى حقيقته إلا التزاماً مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه القاعدة فى كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع »[1] . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ على أنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فان أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت ...[2] » .

أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك فى الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما فى التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر . وذلك أن الأصل فى الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم وهو الذى يتحمل الغرم . ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك إلى المدين بالتسليم فى الالتزام التبعى إلا اعتبار أن الالتزام التبعى بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا. أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا إلى الأصل ،فكان الهلاك على المالك . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد فى عقود الإيجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه «إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من

---

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشترى حتى قبل التسليم ، إذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) ، سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلا أو تبعياً ،وقد أصبح المشترى بالبيع مالكا ،فيحمل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع . انظر فى أن الهلاك فى القانون الفرنسى لا يكون على المشترى قبل التسليم إلا باعتباره مالكا ، فإذا تراخى نقل الملكية إلى ما بعد التسليم فإن الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٢٣ — فقرة ٤٢٤ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق يجعل تبعة هلاك الحصة ، إذا كانت عيناً معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ٥١٦/٤٢٤ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا كانت حصة الشريك فى رأس المال حق ملكية فى عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق فى ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه » . وكان هذا الحكم فى التقنين المدنى السابق مخالفاً لمبدئه العام الذى كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا فى البيع . وقد أزال التقنين المدنى الجديد هذا التعارض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائماً ما دام الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوى فى ذلك البيع والشركة كما رأينا .

تلقاء نفسه» . فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر[١] . ونصت الفقرة الأولى من المـادة ٥٨٤ على أن «المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه» . وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق ، فاذا نشأ الحريق بسبب أجنبي — وعبء الإثبات على المستأجر — كان الهلاك على المالك أى على المؤجر . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتى : «على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه» . وهنا أيضا ترديد للمبدأ ذاته فى حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بسبب أجنبي فى هذه الحالة لا يكون عليه بل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون فى كل حال «ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجيء أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه» . وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي فى الأصل على المـالك وهو المعير ، طبقا للمبدأ العام الذى قدمناه . وإنما اختار المشرع فرضين ، فيهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولـكن المستعير كان يستطيع إنقاذه بتضحية ماله الخاص ، فجعل الهلاك فى هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل . وفى الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما تقضى بذلك المادة ٧٢٢ ، إلا أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقا للمبدأ العام . وفى رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المـادة ١١٠٢ على أن «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطأه أو ناشئا عن قوة قاهرة» . ونصت المادة ١١٠٣ على أنه «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه» . فهلاك

---

(١) كذلك إذا هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن الهلاك يكون على المؤجر ، وهو هنا المدين بالتسليم ، ولـكنه هو المالك للعين فيحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارب م ٥٦٤ — ٥٦٥ مدنى) .

العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد، لا على المرتهن وهو المدين بالرد .

٤٣٢ — أثر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلتا الحالتين .

فاذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشترى طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فان تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن ، أي من البائع إلى المشترى . وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدني هذه القاعدة ، إذ تنص على أنه «إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه . . .» وفي هذه الحالة — حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن — يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك ، كما لو كان الشيء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض[1] .

وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك، كما في عقد الإيجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فان تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر. والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً إياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الإعذار ، فترتب على الإعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الإعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفة الذكر . « ذلك أن الإعذار —

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ — وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً (م ٢٨٣ من المشروع) يقضي بهذا الحكم على الوجه الآتي : « في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل لسبب أجنبي لا يد المدين فيه، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء» وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١).

وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى [١] — يلزم المدين ، أى المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشىء من جراء الحادث الفجائى راجعاً إلى هذا التخلف . والواقع أن المدين فى مثل هذه الحالة يكون متسبباً فى الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشىء كان يهلك فى يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه ، (فانه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشىء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول فى ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو باقامة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى » .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية تشير إلى فرض استثنائى ، هو أن يكون المدين برد الشىء لصاً سرق هذا الشىء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك فى هذه الحالة لا تكون على الدائن — مالك الشىء المسروق — كما كان المبدأ العام يقضى بذلك ، بل تكون على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضاً على القاعدة التى تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين إذا أثبت هذا أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . فالسارق ، إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائماً ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه [٢] .

المطلب الثالث

الالتزام بإنجاز عمل معين

٤٣٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

« فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .

وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتى :

«١ — فى الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا» .

«٢ — ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء» .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتى :

«فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام»[١] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٥ — ٥٢٦) .

م ٢٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى بزيادة عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » فى الفقرة الأولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » من الفقرة الأولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ — ص٥٢٨) .

م ٢١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١— فى الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢— ويكون الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف » . وفى لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظى طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكماً تطبيقياً لا حاجة إلى إفراد نص خاص به ، وأصبح رقم المادة ٢١٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٢/١٥٩ والفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧[1] . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة فى النصوص .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٠٩ – ٢١١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٤٩–٢٥٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢١١–٢١٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠[2] .

٤٣٤ – أنواع ثلاثة للالتزام بانجاز عمل معين : ونرى من النصوص المتقدمة أن الالتزام بانجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصى فى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينيا ، أنواع ثلاثة : (١) أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصى من المدين فى هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . (٢) أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصى من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ،

---

(١) وقد كانت المادة ٢٢٢/١٥٩ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لايجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك » .
وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ماتعهد به المدين أو بأزالة مافعله مخالفاً لتعهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذاك مع مراعاة الأمكان بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٠٩—٢١١ (مطابقة المواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٤٩ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدنى المصرى) – م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدنى المصرى) . ولا مقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدنى المصرى ، ولكن حكمها جائز التطبيق فى القانون العراقى .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢١١ – ٢١٣ (مطابقة للمواد ٢٠٨ – ٢١٠ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥٠ : ١ – ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) فى موجبات الأداء فقط ، بل فى موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ٢ – ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له فى أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المديون » . وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى رغم اختلاف العبارة .

ناحية تعذر تنفيذ الالتزام، وتنص عليه المادة ٢٠٨ . (٣) أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٢١٠ .

٤٣٥ — الالتزام بانجاز عمل معين ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين : والأمثلة على ذلك كثيرة . بل هذا هو الأصل ، كما قدمنا . فاذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عيناً دون تدخله الشخصي . وإذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ عيناً دون تدخل المدين الشخصي . وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عيناً دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل المدين الشخصي موكول إلى الدائن ، فهو الذي يرى ما إذا كان يكتفي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٠٩ في فقرتها الأولى يجري على الوجه الآتي : « في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً » . فحذفت عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » ، « لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا [١] » .

فاذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العيني كافياً حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء ليطلب ترخيصاً في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الالتجاء إلى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين . فاذا قرر القاضي أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلا أن يطلب الحكم باجراء إصلاحات عاجلة في العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال إذا وجد مقتض

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في تاريخ نص المادة ٢٠٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ في الهامش) .

لذلك ، ومتى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر . وكذلك الأمر فى تعهد المقاول ببناء الدار ، فانه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر – وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العينى على نفقة المدين – فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول. وتطبق هذه القاعدة فى كل التزام بانجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصى من المدين ، فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين .

فاذا كان التنفيذ العينى لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هى الحال فى بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً أن يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة – ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المؤجر – ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضى رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائى ، ومن أن المصروفات التى أنفقت فى إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت فى حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو إن فيها إسرافاً فيقضى بخفضها إلى الحد المعقول (١) .

وكل ما قدمناه منصوص عليه فى المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

---

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى أيسر الطرق كلفة وأقلها نفقة فى تنفيذ التزام المدين . بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام إلى أن ينقضى . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المعقود عليه يقتضى خبرة فنيـــة توافرت عند الدائن دون المدين ، كعقود التأمين التى تبرم بين شركات التأمين ، وهى شركات فنية ، وعملائها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفى أن يمتنع الدائن فى مثل هذه الأحوال عن تضليل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلا أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يســتوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدنى) . وإذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه فى الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠ فقرة ٣ مدنى) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه =

٤٣٦ — الالتزام بإنجاز عمل معين غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين : وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصى فى هذا التنفيذ . ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ، وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضى طبيعته أن يكون تنفيذه العينى على يد المدين شخصياً . مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل فى حفلة فتنفيذ التزامه يقتضى أن يغنى أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية ، أو نحات بصنع تمثال ، أو جراح معروف باجراء عملية جراحية .

فاذا كان التنفيذ العينى للالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه ، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فاذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أحد طريقين : (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالى (astreintes) ، وسنبسط أحكام هذا الطريق تفصيلا فيما يلى . (والثانى) أن يطالب المدين بالتعويض النقدى لتعذر التنفيذ العينى . وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه بينهما ، فيطالب

= به (م ٦٥٠ فقرة أولى مدنى) . وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدنى) . وإذا تعاقد المؤلف مع الناشر ، وجب على المؤلف أن ييسر للناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الأصول فى الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون إبطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليبسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فإذا نص فى العقد مثلا على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدنى) . (أنظر فى مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفى رقابة الدائن على المدين ديموج ٦ فقرة ١٢ — فقرة ٣٠).

الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائى التى سنبسطها فى مكان آخر(١) .

٤٣٧ — الالتزام بانجاز عمل معين يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه

تنفيذه : وهناك نوع من الالتزامات بانجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه العينى . وقد نصت المادة ٢١٠ على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضى فيه هو التنفيذ العينى . وأكثر الأمثلة شيوعا فى ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إمضائه فى عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد . فان امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ،جاز للمشترى أن يطلب الحكم باثبات صحة التوقيع ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع . وإذا وقع نزاع فى صحة البيع نفسه ،جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الإمضاء فيسجل .

كذلك فى الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعود له رغبته فى أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من إمضاء العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكما باثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعود بابرامه(٢) .

كذلك فى التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكما يقوم مقام التنفيذ العينى ويشطب بمقتضاه الرهن .

وإذا أفرغ الوعد باجراء رهن رسمى فى الشكل الرسمى الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده باجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكما يقوم مقام التنفيذ العينى ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما إذا كان الوعد باجراء

---

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاماً بعمل ، فينبغى التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة . فى الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصياً كما إذا كان مثلا أو مغنيا أو مصوراً ، فأن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للغرامات التهديدية أو التعويض النقدى عند عدم اشتراط جزاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٩ .

الرهن الرسمي لم يفرغ فى الشكل الرسمي الواجب ، فان تنفيذه فى هذه الحالة لا يكون إلا عن طريق التعويض(١) .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين»(٢) .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى أحيانا ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فاذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على إمضائه فى عقد البيع ، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشترى أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله . وكذلك إذا وعد شخص بابرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعاداً للتنفيذ ، فاذا لم يقم بالوفاء فى خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . فى كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العينى ويغنى عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠) . انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وعد شخص بضمان المقترض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكماً ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠) ، وقضت أيضاً بأنه إذا امتنع البائع عن إمضاء عقد البيع النهائى ، فالحكم يقوم مقام العقد النهائى ويسجل فتنتقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤[1]. ولا فرق فى الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢١٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٥٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢١٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٥٠ فقرة ٣[2] .

٤٣٩ — أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشترى فى المتجر الذى باعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاما بالامتناع عن عمل . وإذا استخدم مهندس فى مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل فى مصنع منافس ، فهذا أيضا التزام بالامتناع عن عمل . ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالا غير متمرنين

= ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين وفى حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص » . وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة « وفى حالة الاستعجال ... » لأن هذا الحكم قد يوقع فى اضطراب يحسن تجنبه ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٤ — ص ٥٣٦) .

(١) كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدنى السابق — كما رأينا — تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٣ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ماوقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل . (ولم يرد فى نص التقنين العراقى أن يطلب الدائن من القضاء ترخيصاً فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، ولكن ليس فى المبادىء العامة للتقنين العراقى مايمنع من هذا الطلب) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٥ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجرى خلافا لموجب الامتناع ، وذلك على حساب المديون . (ولا فرق فى الحكم بين التقنينين اللبنانى والمصرى) .

لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المغنى إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغنى فى غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشترى أو للمستأجر ، فهذا التزام بالامتناع عن عمل . وفى كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون . فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، فهذا التزام قانونى بالامتناع عن عمل . والطبيب والمحامى ملتزمان بعدم إفشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير التزام قانونى بالامتناع عن عمل ، يترتب على الإخلال به مسئولية الإثراء بلا سبب .

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالالتزام بنقل حق عينى ، هو التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزام ببذل غاية ، ليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، إذ هو فى حقيقته التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزام بعمل[1] .

٤٤٠ — الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : ومادام المدين ممتنعاً عن العمل الذى التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ويتغير الموقف إذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع . عند ذلك لا يكون هناك مجال إلا للتعويض . أما التنفيذ العينى نفسه فقد أصبح مستحيلا بمجرد الإخلال بالالتزام[2] .

وقد لا يمكن إلا التعويض النقدى . مثل ذلك إذا أفشى المحامى أو الطبيب سر المهنة ، ففى مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدى .

وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً ، ويتم ذلك بازالة المخالفة التى وقعت

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ فى الهامش .

(٢) هذا إذا كان العمل الممنوع عملا واحداً لا يتكرر . أما إذا كان عملا يتكرر ، فللقاضى أن يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الإخلال بالالتزام ، إذا كان هذا ممكناً . وفى هذه الحالة يكون المنع تنفيذاً عينياً للالتزام عن المستقبل (ديموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) .

إخلالا بالالتزام . والفرق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عينى للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثانى يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فازالة المخالفة تكون هى التعويض العينى . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً باقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز الدائن أن يطلب التعويض العينى بازالة هذا الحائط ، فاذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين [1] . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها . ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له ، حتى فى حالة الاستعجال ، أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك ، خلافاً لما رأيناه فى الالتزام بنقل حق عينى وفى الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضى ألا يستأدى الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقاً دقيقاً . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يبيح للدائن أن يزيل ما وقع مخالفا للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع إلى القضاء بعد إزالة المخالفة ، ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر [2] .

وكثيراً ما يكون هذا التعويض العينى غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملا ، فيضاف إليه تعويض نقدى . فى مثل الحائط الذى أقامه الجار إضراراً بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الإزالة وحدها قد لا تكفى إذ يغلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التى كان فيها قائماً ، وهذا الضرر لا علاج له إلا التعويض النقدى ، فيحكم القاضى بازالة الحائط وبتعويض نقدى عما حدث من الضرر للجار إذا كان هناك مقتض لذلك .

ويلاحظ أخيراً أن التعويض العينى ، حتى إذا كان ممكنا ، قد يكون مرهقا

---

(١) وليس من الضرورى أن يجيب القاضى الدائن إلى طلبه ، بل للقاضى سلطة التقدير ، فقد يرى من المناسب الاقتصار على الحكم بتعويض نقدى (أنظر فى هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

(٢) أنظر آنفاً ، فى تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ فى الهامش .

للمدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض النقدى ضرر جسيم يلحق الدائن . مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاحقة ، فللمحكمة فى هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بازالة البناء ، أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضا نقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) وقد سبق تفصيل ذلك[1] .

ويصح أيضا الالتجاء إلى طريق التهديد المالى إذا تكرر الإخلال بالالتزام ، أو كان هذا الإخلال مستمراً ، وذلك إلى أن يزيله المدين بنفسه .

الفرع الثانى

وسائل التنفيذ العينى

٤٤١ – *كيف يكون التنفيذ العينى* : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العينى قد يكون اختيارياً يقوم به المدين طوعاً ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبسط أحكامه عند الكلام فى انقضاء الالتزام فى الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ العينى جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله :

(١) فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهرى ، فتقوم السلطة العامة باجبار المدين على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الإجبار ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد إخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض نقدى . وقد يكون الوفاء العينى (إقرأ التعويض العينى) ممكناً من طريق إزالة ما استحدث إخلالا بالالتزام ، وفى هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين . وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) العينى والتعويض النقدى عند أول إخلال يقع من المدين . والثانى جواز العدول عن التنفيذ (التعويض) العينى ولو كان ممكناً والاكتفاء بالتعويض النقدى وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ مدنى) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٥) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨ .

وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فاذا كان لدى المدين سند تنفيذى بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعاً ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين باجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) ،كأن يجبره على تسليم الأرض التى التزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهرى عن طريق الحجز على أموال المدين .

(٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصى غير ضرورى فى هـذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك إلى القضاء على النحو الذى فصلناه فيما تقدم .

(٣) وقد يقوم حكم القاضى مقـام التنفيذ العينى إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا فى الالتزام بالتصديق على الإمضاء ونحوه مما سبق بيانه .

(٤) وقد يتكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العينى فتنتقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون فى الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العينى لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : (أولا) الإكراه البدنى (ثانياً) التهديد المالى .

المبحث الأول

الاكراه البدنى

(Contrainte par corps)

٤٤٢ — التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى وتطوره — القانون الرومانى والقانون الفرنسى : كان المدين فى العصور القـديمة يلتزم بالدين فى جسمه لافى ماله . فـكان القانون الرومانى القديم يبيح للدائن أن يتملك المدين الذى لايفى بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الرومانى، فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجبـاره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال ، فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين فى الدين ، كاجراء تهديدى للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادراً على ذلك ، بقى مدة طويلة ، وانتقل إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدنى ، وفى أى الديون يكون ذلك[١] . ونصت المواد ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى على طريقة يتفادى بها المدين الإكراه البدنى ، وهى النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولى الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

وبقى الأمر على هذه الحال فى القانون الفرنسى حتى ألغى التنفيذ بطريق الإكراه البدنى فى المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يوليه سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق إلا فى المواد الجنائية[٢] .

٤٤٣ — التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى فى القانون المصرى : أما فى القانون المصرى فالإكراه البدنى ، سواء فى التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الإكراه البدنى — حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء — تخالف المبادىء المدنية الحديثة . فالمدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين فى الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدها الأول ، حيث كان المدين يلتزم فى شخصه ، وحيث كان القانون الجنائى يختلط بالقانون المدنى فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض

---

(١) كان الحبس يجوز فى بعض الديون المدنية التى تتسم بطابع الغش ، وفى جميع الديون التجارية إذا بلغ الدين مائتين من الفرنكات (قانون ١٥ جرمنيال السنة السادسة للثورة وقانون ١٧ أبريل سنة ١٨٣٢) ، وفى المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الإكراه البدنى هو الضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه حتى يخرج ما أخفى من ماله ، أو على كل حال حتى يعاونه أهله على الوفاء بدينه .

(٢) وذلك فى الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التى قضت بالتعويض هى محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بإدانة المدين من محكمة جنائية (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٣٠٧) .

فى الجزاء الواحد(١) .

على أن الإكراه البدنى فى القانون المصرى — ولو أنه غير جائز فى المواد المدنية والمواد التجارية — جائز فى بعض المواد الشرعية وفى المواد الجنائية .

٤٤٤ — الاكراه البدنى فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن : نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه «إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ، ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . أما اذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلا ، فانه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين فى الدين جائز بالشروط الآتية :

(١) أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً فى نفقة أو فى أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن .

(٢) أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس إلا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وإنما يمتنع عن الوفاء تعنتاً ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

(٣) أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية التى بدائرتها محل التنفيذ .

(٤) ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، يخلى سبيله بعد انتهائها ، أو قبل

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٦ — أما فى الفقه الإسلامى — فى المذهب الحنفى — فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لأن فى البيع الجبرى إهداراً لآدميته ، ولكن يحبس المدين فى الدين على سبيل التعزيز . ويرى الصاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولهما هو المفتى به فى المذهب . راجع فى حبس المدين فى الدين فى القانون اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٥٣ — ص ٥٤ .

انتهائها إذا أثمر الضغط على المدين فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلا .

ويلاحظ أن حبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله . فالحبس إذن ليس إلا إكراهاً بدنياً غير مبرىء للذمة .

٤٤٥ — الإكراه البدنى فى المسائل الجنائية : نصت المادة ٥١١ من تقنين الإجراءات الجنائية على أنه « يجوز الإكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الإكراه بالحبس البسيط » .

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هى : (١) الغرامة (٢) المصاريف والرد والتعويضات للحكومة . ولا بد أن تكون هذه المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التى أصدرت الحكم الجنائى لجنة إدارية لها اختصاص قضائى . فاذا قضى ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ، أو حكم بتعويض مدنى من محكمة مدنية دون حكم جنائى بالعقوبة من محكمة جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفواً أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضى المدة (م ٥٣٤ إجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ فى هذه الحالات ناشئة عن الجريمة ولايجوز فيها الإكراه البدنى . كذلك لا يحكم بالإكراه البدنى على من تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم لمصلحته بوقف التنفيذ (م ٥١٢ إجراءات جنائية) . أما التعويضات الواجبة لمدع مدنى غير الحكومة ، فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجنح التى بدائرتها محل المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، إذا ثبت للمحكمة قدرة المدين على الوفاء وأمرته فلم يمتثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضى بها للحكومة فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم .

والإكراه البدنى فى الغرامة يبرىء ذمة المدين : عشرة قروش عن كل يوم ، فالإكراه البدنى هنا هو إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة . أما الإكراه البدنى فى المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فانه لا يبرىء ذمة المدين ، وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء . ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدنى .

وللحبس فى الإكراه البدنى مدد قصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تقنين الإجراءات الجنائية . ويجوز إبدال الحبس بعمل يدوى أو صناعى (م ٥٢٠ إجراءات جنائية)، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش عن كل يوم (م ٥٢٣ إجراءات جنائية) . ونرى من ذلك أن الحبس إذا كان لا يبرىء الذمة فى المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فانه إذا استبدل به عمل يدوى أو صناعى كان هذا العمل مبرئاً للذمة على النحو المتقدم[١] .

المبحث الثانى

التهديد المالى*

(Les astreintes)

٤٤٦ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك» .

«٢ — وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة» .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتى :

(١) انظر فى الإكراه البدنى فى المواد الجنائية الأستاذ على زكى العرابى فى المبادىء الأساسية للإجراءات الجنائية جزء ٢ فقرة ٩٣٨ — فقرة ٩٧٤ .

* مراجع : ماسان (Massin) فى التنفيذ الجبرى للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — كرواسان (Croissant) فى التهديد المالى رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ — تيرلان (Turlan) فى التهديد المالى رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ — جليز (Gleizes) فى التهديد المالى رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ - كينيو (Cunéo) فى التهديد المالى رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ — كايزر (Kayser) مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها .

« إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين»[١] .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكام التهديد المالى كما هى مبسوطة فى التقنين المدنى الجديد كان معمولا بها قضاء فى عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد إلا تقنينا لأحكام هذا القضاء[٢] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص فى المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليهما لجنة المراجعة تحت رقمى ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائى . ووافق عليهما مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدمجت المادتان فى مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ ، وفسرت عبارة « غير ملائم » بالمثل الذى التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم أخل بالتزامه ، فالتنفيذ العينى هنا ممكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ – ص ٥٣٨) .

م ٢١٤ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل على لفظ « نهائياً » بعد عبارة « حدد القاضى » ، واستعمل لفظ « التعنت » بدلا من لفظ « العنت » . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدى بعد حذف لفظ «نهائياً» . وقد سأل أحد الأعضاء فى اللجنة هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلا للتنفيذ إذا كان صادراً من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلى مشمولا بالنفاذ المعجل ؟ وبعد المناقشة استقر رأى اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد أن يحدد القاضى نهائياً قيمة التعويض وأن فائدة الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض العادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذى يبدو من المدين ، هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافياً ليحدد القاضى نهائياً مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة (هو ٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ « العنت » بلفظ «التعنت» ، وأصبح رقم المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ — ص ٥٤١) .

(٢) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسى حتى الآن — يجرى أحكام التهديد المالى دون نص تشريعى . وعانى القضاء المصرى ، كما يعانى القضاء الفرنسى ، فى سبيل التماس سند تشريعى لم يكن موجوداً . فقنن التقنين المدنى الجديد هذا القضاء فى النصوص التى تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالى فى التقنين الجديد على أساس تشريعى واضح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «من المعلوم أن القضاء المصرى كثيراً =

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢١٤—٢١٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٥٣—٢٥٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢١٦—٢١٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٥١[1] .

= ما عانى فى سبيل التماس سند من التشريع لنظام الغرامات التهديدية . وإزاء ذلك عمد المشروع إلى إقرار هذا النظام إقراراً تشريعياً ، فاختصه بمواد ثلاث ، ليست فى حقيقتها إلا تقنيناً لما انتهى إليه القضاء فى هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية إلى حمل المدين على الوفاء عيناً بالتزام يمتنع تنفيذه بغير تدخله شخصياً ، فاذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضى عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عناده ، وعلى أن يعيد النظر فى حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأى المدين . ويعتبر القاضى فى تقدير التعويض النهائى بما يكون من أمر ممانعة المدين فى التنفيذ تعنتاً وعناداً من غير مقتض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الإيضاحية أيضاً فى موضع آخر : « لعل أهم ماعيب على نظام الغرامات التهديدية ، فى وضعه الراهن ، أنه لايستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهى بعد ليست إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٤—٢١٥ (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و٢١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥٣ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصرى ، إلا أن المادة ٢٥٣ من التقنين العراقى لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصرى التى تجيز للقاضى أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة — ولكن لايوجد مايمنع القاضى العراقى من زيادة الغرامة التهديدية إن رأى داعياً لذلك ، فإن هذه هى طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص فى هذا الشأن : انظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون إلى أن وسيلة التهديد المالى لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعد العدالة انظر ص ٢٥) .

م ٢٥٤ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصرى ، وتكاد تكون مطابقة لها فى اللفظ أيضاً) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٦—٢١٧ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥١ : غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ العينى) على الموجبات التى يستلزم إيفاؤها عيناً قيام المديون نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل =

ونتكلم فى مسألتين : (أولا) شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى (ثانياً) أثر الحكم بالتهديد المالى .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى

٤٤٧ — معنى التهديد المالى : تتلخص وسيلة التهديد المالى ، وفقاً للنصوص التى تقدم ذكرها ، فى أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا فى خلال مدة معينة ، فاذا تأخر فى التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر ، مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن ، أو عن كل مرة يأتى عملا يخل بالتزامه ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العينى أو إلى أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضى أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتاً (١) .

= نكول يرتكبه ، رغبة فى إكراه المديون المتمرد وإخراجه من الجمود . وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفى من الغرامة أو أن تبقى منها ما يعوض الدائن من الضرر الذى لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذى بدا من المديون . (والحكم واحد فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة — ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصرى « زيادة الغرامة التهديدية إذا وجد داع للزيادة » وإن لم ترد صراحة فى القانون اللبنانى ، إلا أنها تدخل دلالة فى معنى الغرامة التهديدية التى هى بطبعها حكم موقوت تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائى إزاء التنفيذ العينى المطلوب ، لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضى ضرورياً لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهى إكراه المدين على التنفيذ العينى فى التزام العملى) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أياً كان مصدره ، متى كان الوفاء به عيناً لا يزال فى حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه . والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز للقاضى أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . =

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص : (١) شروط الحكم بالتهديد المالى (٢) ومميزات هذا الحكم (٣) وطبيعته (٤) والسند القانونى الذى يقوم عليه .

٤٤٨ — شروط الحكم بالتهديد المالى : يشترط فى الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالى والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية : (أولا) أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العينى لا يزال ممكناً [١]. (ثانياً) أن يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . (ثالثاً) أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى .

٤٤٩ — الشرط الاول — التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العينى لا يزال ممكنا : لا بد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . فاذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالى . ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى لإجبار المدعى عليه على الحضور إلى المحكمة ، فانه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج [٢] . ثم لا بد من أن يكون

= ويلاحظ أن التهديد المالى يرمى إلى حمل المدين على التنفيذ العينى إذا كان التزامه التزاماً بعمل ، وإلى حمله على التعويض العينى إذا كان التزامه التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوى فى هذا الصدد ، من الناحية العملية ، التنفيذ العينى والتعويض العينى ، ومن ثم لا نرى بأساً من إطلاق عبارة « التنفيذ العينى » على كل من التنفيذ العينى والتعويض العينى .

(١) فإذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل به المدين ، فيشترط أن يكون التعويض العينى عن الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التعويض العينى يعدل التنفيذ العينى فى هذا الصدد ، وأن عبارة « التنفيذ العينى » قد يقصد بها التعويض العينى .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥—ص٥٤٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ — كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لإجباره على أن يذكر أسماء شركائه ، إذ لا يوجد عليه التزام قانونى بذلك (كايزر فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٢٠ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ — ومع ذلك انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) — هذا ويجوز أن يكون المدين الذى يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كمصلحة التليفونات ، أو شخص من أشخاص القانون العام كإحدى الجامعات أو أحد المجالس البلدية . (انظر فريجافيل (Zréjaville) فى أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Astreinte فقرة ٣٤) .

المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه ، بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل . أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالى ، وكذلك إذا حكم عليه فبادر إلى تنفيذ التزامه فى الميعاد الذى حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لأن سريانه مشروط بعدم التنفيذ .

ولا بد أن يكون الالتزام لا يزال ممكناً تنفيذه عيناً . أما إذا أصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، كأن هلك الشىء المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ولم يعد فى الاستطاعة الرجوع فى ذلك ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى ، فان الالتجاء إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، ومن ثم أصبح التهديد المالى غير ذى موضوع [1] .

٤٥٠ — الشرط الثانى — تدخل المدين ضرورى وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم : ويشترط ثانياً أن يكون تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينيا ، بحيث إن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم [2] . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل .

فنى الالتزام بنقل الملكية إذا كان محل الالتزام عيناً معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة للتهديد المالى . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالى ، لأن تنفيذه عيناً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال

---

(١) فإذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلا ، وثبت أن هذه المستندات قد أعدمت ، فلا محل للحكم بغرامة تهديدية ، وإنما يقضى بالتعويض إذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) .

(٢) فإن أمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين الشخصى ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ — ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

المدين (١) . بقى الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه ، وفى أغلب أحواله يمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفى الحالات النادرة التى لا بد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العينى ممكناً أو ملائماً يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالى (٢).

والالتزام بعمل هو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى (٣) . فنى نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العينى للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى ، كما هو الأمر فى الالتزام بتقديم حساب (٤) ، وفى الالتزام بتقديم مستندات ، وفى الالتزام بالقيام بعمل فنى كغناء أو تمثيل أو تصوير (٥) ، وفى التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كاعادة المواصلة التليفونية وتوصيل التيار الكهربائى ، وفى الالتزام باخلاء عين مؤجرة أو تسليمها . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون فى إكراه المدين على التدخل حجر على الحرية الشخصية . وفى نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى فى الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق

---

(١) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٨٩٨ — وانظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ — مثل ذلك أن يكون الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه وتعهد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبياً على المدين أن يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية إذا لم يقم بتنفيذ التزامه عيناً (فريجافيل : أنسيكلوبيدى داللوز ١ astreinte فقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسى فكرة عدم الملاءمة تفسيراً واسعاً ، فيكفى أن يكون التهديد المالى من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عيناً أبسط فى الإجراءات من التنفيذ القهرى حتى يلجأ إليه القضاء ، ذاهباً إلى أن التنفيذ القهرى فى هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهرى ملائم ولكن التهديد المالى أكثر ملاءمة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٢٧٤ – ٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٦٠٥ – انظر فى هذا المعنى فريجافيل : أنسيكلو بيدى داللوز ١ astreintes فقرة ٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٥) استئناف مصر ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ .

حضانتهم [١] ، وفى التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة ، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبراً على المدين — وينفذان فعلا على هذا النحو فى كثير من الأحوال فى المحاكم الشرعية — ولكن التنفيذ القهرى يكون عادة غير ملائم ، فيصح الالتجاء إلى التهديد المالى [٢] .

وفى الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العينى مستحيلا ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالى . مثل ذلك أن يفشى الطبيب أو المحامى سر المهنة ، فيتعين فى هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العينى ممكناً ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصى كوسيلة ضرورية أو ملائمة ، جاز الالتجاء إلى التهديد المالى . مثل ذلك التزام الممثل بألا يمثل فى مسرح معين[٣] ، والتزام المهندس بألا يعمل فى مصنع منافس ، والتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشترى ، فانه يجوز الحكم فى هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتى فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتاً عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضاً عن الضرر الذى يصيب المدين من جراء إخلال المدين بالتزامه فى كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فاذا تبين أنه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بعد أن يذكر القاضى عناصر هذا الضرر فى أسباب حكمه ، كان هذا المبلغ تعويضاً ، وإلا فهو غرامة تهديدية [٤] .

---

(١) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية فى فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .

(٢) انظر فى تنفيذ هذين الالتزامين فى فرنسا عن طريق التهديد المالى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٣) انظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفاً فقرة ٤٤٦ فى الهامش — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ — ديموج ٦ فقرة ٥١٣ — وقد يكون تدخل المدين ضرورياً فى تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لا يجوز إجبار المدين على التدخل ، فلا يصح الالتجاء فى هذه الحالة إلى التهديد المالى . مثل ذلك أن يكون الأمر متعلقاً بحق المؤلف الأدبى ، كما إذا تعهد مؤلف لناشر أن يضع كتاباً يقوم الثانى بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذى أنتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر إجباره على هذا =

٤٥١ — الشرط الثالث — التجاء الدائن الى المطالبة بالتهديد المالى : والرأى الراجح أنه يجب أن يطالب الدائن بالتهديد المالى ، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك (١) . على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة(٢) .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية فى أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديداً(٣) .

وللمحكمة ، إذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير فى أن تجيبه إلى هذا الطلب أو ألا تجيبه إليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالى متوافرة (٤) . ولا تخضع المحكمة فى استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، إذ هى تقضى فى مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالى شروطاً يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية ، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضى فى التزام مدنى (٥) . ويجوز لقاضى الأمور

= العرض عن طريق التهديد المالى . ولكن إذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلا بالتزامه مع الناشر الأول ، فانه يجوز إجباره على التنفيذ العينى عن هذا الطريق (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦) .

(١) انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ — ص ١٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ — مازو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كينيو فقرة ٤٧٠ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ص ٧٤ — ص ٧٥ — وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ — فقرة ٥١١ — فريجافيل فى أنسيكلوبيدى داللوز ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٥) ولا يجوز لمجلس الدولة فى فرنسا أن يقضى على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع أن يصدر لها أمراً (فريجافيل : أنسيلكوبيدى داللوز ١ astreintes فقرة ٣٨) .

المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم فى الموضوع تنفيذاً عينياً ، ومن باب أولى يجوز له أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذى يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية إلى تعويض ، على النحو الذى سنبسطه ، ليس من اختصاص قاضى الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضى الموضوع (١) .

٤٥٢ — مميزات الحكم بالتهديد المالى : ويمكن الآن أن نستخلص مميزات الحكم بالتهديد المالى ، فهى ثلاثة :

(أولا) يقدر التهديد المالى عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً مجمداً دفعة واحدة (٢) . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فان المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها (٣) .

(ثانياً) التهديد المالى تحكمى (arbitraire) ، لا مقياس له إلا القدر الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق غايته ، وهى إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلا . فليست غايته التعويض عن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه . فينظر القاضى إذن ، لا إلى الضرر ، بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المطاولة والمضى فى عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغا يكون من شأنه أن يؤدى فى النهاية بالمدين إلى الرضوخ والإذعان ، ويكون عادة أكبر من الضرر بكثير (٤) . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه « إذا رأى القاضى

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ — ولا نرى مانعاً من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملى بغرامة تهديدية فى مسائل الحضانة والطاعة بدلا من الحكم بالتنفيذ القهرى (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بذلك من دوائر الأحوال الشخصية التى ستستحدث فى المحاكم الموحدة .

(٢) وكان فى بداية الأمر فى فرنسا يقدر مبلغاً مجمداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ — ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص ٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

(٤) انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص٢١٩ — ٢٨ أبريل=

أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع من التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة». فللقاضى إذن إذا قدر فى البداية مبلغا ، ثم رآه غير كاف للتغلب على عناد المدين ، أن يزيد فى هذا المبلغ إلى القدر الذى يراه كافيا . ولا يمنع من ذلك حجية الأمر المقضى ، فان الحكم بالتهديد المالى لا يحوز هذه الحجية كما سنرى (١) .

(ثالثا) التهديد المالى حكم وقتى وتهديدى (provisoire et comminatoire). ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) الحكم بالتهديد المالى لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الأصلى مشمولا بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقاً على رأس المدين ، مهدداً له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائى كما سيأتى (٢) .

(٢) ما دام المدين لم يخط خطوته الحاسمة فى تنفيذ الالتزام أو فى الإصرار على عدم تنفيذه ، فان مصير الحكم بالتهديد المالى يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلا أن يدمج الغرامة التهديدية فى عرض حقيقى للدين المترتب فى ذمته (٣) ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصلى لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه (٤) .

= سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالى حكماً بتعويض مقدر سلفاً عن المستقبل «ad futurum» ، وسنعود للإشارة إلى ذلك) .

(١) وفى إحدى القضايا فى فرنسا (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك فى اليوم إلى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٢) انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ فى الهامش — ديموج ٦ فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثاً — الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ — استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٥ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ — اسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهديدية (الأستاذ عبدالحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ١٩٠ — ص ١٩٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ .

(٤) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٣) لا يجوز الحكم بالتهديد المالى حجية الأمر المقضى (١) ، لأنه حكم وقتى تهديدى كما قدمنا . فيجوز أولا أن يزيد فيه القاضى إذا رآه غير كاف كما سبق القول . ويجوز ثانيا ، عند تحويله إلى تعويض نهائى ، أن ينقص منه أو يلغيه كله ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أحاق بالدائن كما سنرى .

(٤) الحكم بالتهديد المالى لا يكون قابلا للطعن فيه بطريق النقض ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض فى الحكم الصادر بعدم جواز استئناف حكم ابتدائى قضى بالزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردى مع إلزامها بغرامة تهديدية فى حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعى ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم ينه الخصومة الأصلية أو جزءاً منها ، وإنما قضى باجراء فيها ، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافى المطعون فيه حكما وقتيا فى معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات (٢) .

٤٥٣ — طبيعة الحكم بالتهديد المالى : تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضا فهى لا تقاس بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه إطلاقا ، وإذا حكم القاضى بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فانه واجب التسبيب ، وقد كان القضاء الفرنسى فى بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالى والتعويض عمداً حتى يجد سنداً قانونياً للتهديد المالى ، ثم ما لبث أن ميز تمييزاً واضحا ما بين الاثنين (٣) .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée) ، وإن كانت تشبه العقوبة . والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما الغرامة التهديدية فهى شىء وقتى كما قدمنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض

---

(١) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٢ — وقد وصل هذا التمييز إلى حد أن تقضى المحكمة فى حكم واحد بتعويض نهائى عن الضرر الذى وقع فى الماضى وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه فى المستقبل (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى تريبينو ١٩٢٢ — ١ — ٢١٤ — ديموج ٦ فقرة ١٢٥ ص ٥٤٩) .

نهائى ، وهى فى هذا التحول قد تنتقص أو تلغى ، فالذى ينفذ فى الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائى (١) .

وإنما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه(٢). فهى إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العينى الجبرى . وهى وسيلة غير مباشرة (٣) ، تتفق فى هذا مع الإكراه البدنى الذى هو أيضاً وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهرى وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهى قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الأصرار على عدم التنفيذ (٤) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٣ — وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٤١ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض ، وإنما هى طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . وجاء فى الموجز للمؤلف : «وسنرى أن المدين لا يحكم عليه فى آخر الأمر إلا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالى وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ ، لأن الحكم عليه بتهديد مالى من شأنه أن يلقى فى نفسه القلق والانزعاج ، إذ لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذى سيحكم به القاضى نهائياً على سبيل التعويض . ثم هو من جهة أخرى يعلم أن مبادرته إلى تنفيذ التزامه تجعل القاضى أكثر استعداداً لرفع التهديد المالى عنه أو لتخفيفه إلى درجة كبيرة ، وأن إصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضى متشدداً فى تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الإصرار لا مبرر له ، وقد ينتهى الأمر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذى حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تجعل التهديد المالى وسيلة ناجعة لإجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حجر على حريته الشخصية » (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(٣) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٤) ديموج ٦ فقرة ٥١١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ — وقد رتب القضاء الفرنسى على أن الغرامة التهديدية إنما هى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً أنها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافى يؤيده . أما القضاء المصرى فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافى لا من وقت صدور الحكم الابتدائى ، فهى أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صيرورته نهائياً . وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : «وقد كان من مقتضى ذلك — أى من مقتضى أن التهديد المالى أمر — ألا يبدأ سريان الحكم بالتهديد المالى إلا من وقت صيرورة هذا الأمر نهائياً ، فإذا استؤنف حكم بتهديد مالى ، وجب انتظار الفصل النهائى من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم =

٤٥٤ — السند القانونى للتهديد المالى : لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى ولا فى التقنين المدنى المصرى السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعياً للحكم بالغرامة التهديدية .

وقد استند القضاء الفرنسى ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسى ، وهى تقضى بأنه « يجوز للمحاكم ، فى القضايا التى تعرض عليها ، وتمشيا مع ما توحيه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ، ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام » . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicia ordinatoria) ، لا بما لها من ولاية الحكم (jurisdictio, judicia decisoria) ، للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فان لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية[1] . ولا شك فى أن النص الذى استند إليه القضاء الفرنسى إنما قصد به بسط سلطة القاضى فى إدارة الجلسة ، والتهديد المالى حكم موضوعى لا علاقة له بادارة الجلسة . ولا شك فى

= المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائياً ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العينى فى مدة شهر وإلا دفع مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره فى الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى . فى مثل هذه الحالة يجب إعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العينى ، وتسرى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائى . وبهذا تقضى المحاكم المصرية (استئناف أهلى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٥٨ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ — ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى (١٥ نوفبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ١ — ١٣٤) مخالفة فى ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ٢ — ١١٣ — السين الابتدائية ١٥ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١١ — ٢ — ٣٠٣) » (الموجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

(١) أسمان فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص ٥ — ص ٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ مكررة .

أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادى لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالى نظرية خلقها القضاء لا المشرع[1].

وفى عهد التقنين المدنى السابق سار القضاء المصرى على أثر القضاء الفرنسى فى اجتهاده فى الحكم بالتهديد المالى ، وفى اعتباره حكماً وقتياً تهديدياً للقاضى تخفيضه أو إلغاؤه[2] .

أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد فقد وجد السند التشريعى لنظرية التهديد

---

(١) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى عدم مشروعية التهديد المالى ، وإلى أن القضاء لا يستند فى ذلك إلى أى أساس قانونى (ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ — فقرة ٤٩٧ — لوران ١٦ فقرة ٣٠١ — هيك ٧ فقرة ١٣٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ — ص ٦٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ — ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٦٥٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٠٠) .

على أن المشرع الفرنسى أصدر قانوناً فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ، خاصاً بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يرتب إلتزاماً قضائياً ، وأجاز للقضاء أن يصدر حكماً تهديدياً عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام (à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard) ، وفى هذا إقرار تشريعى لنظرية التهديد المالى فى مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٤٣٧ هامش رقم ١) . انظر أيضاً قانون ١٨ يوليه سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقانون ٢١ يوليه سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعاً ص ١١٦ – ص ١١٧) .

وانظر فى أن القضاء البلجيكى لا يسلم بنظرية التهديد المالى دى باج ٣ فقرة ١٦١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعويض عن المستقبل (ad futurum) يقدر سلفاً إذا طلب الدائن ذلك مع اصطناع الحيطة فى هذا الطلب (دى باج ٣ فقرة ١٦٢ – فقرة ١٦٤) . وانظر فى عدم التسليم بنظرية التهديد المالى فى أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين والبرازيل وسويسرا وألمانيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ – والتون ٢ ص ٢٤٩ – ص ٢٥١ – الموجز فقرة ٤٤١ – على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى بعض أحكامها بأن القضاء المختلط لا يعترف بالتهديد المالى على أساس أنه حكم وقتى تهديدى (astreinte comminatoire) ، بل يقره على أساس أنه حكم بتعويض مقدر سلفاً عن المستقبل (astreinte compensatoire) : استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (وانظر جبرييل بسطوروس فى تعليقاته على التقنين المدنى المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ هامش رقم ٣) .

المالى فى النصوص التى تقدم ذكرها ، ولم نعد فى حاجة إلى سند قانونى آخر . على أن هـذه النصوص ذاتها ليست كما قدمنا إلا تقنينا للقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق .

المطلب الثانى

أثر الحكم بالتهديد المالى

٤٥٥ — موقف المدين من التهديد المالى : إذا حكم على المدين بغرامة تهديدية ، فانما يقصد بذلك كما قدمنا إلى الضغط عليه والتغلب على عناده حتى يذعن فيقوم بتنفيذ التزامه .

وهو فى النهاية يقف أحد موقفين : إما أن يحدث التهديد المالى فيه أثره فيقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه [١] ، وإما أن يصر على موقفه ويصمم على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائيا ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفد أغراضه . ومن ثم وجب النظر فى مصير الغرامة المالية وتحويلها إلى تعويض نهائى .

٤٥٦ — تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهائى : وقد نصت المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه «إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين» . ويستخلص من هذا النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها، لم يعد بد من تحويلها إلى تعويض نهائى . فيجب إذن أن يلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية

---

(١) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية ، لا لأنه راض بالحكم ، ولا يمنعه تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يحتج عليه بأنه رضى به بسبب هذا التنفيذ (ديموج ٦ فقرة ٥١٦) .

الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائى يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لايستطيع أن ينفذ بها .

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبرى للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالى لم يثمر فى التغلب على عناد المدين . ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهرى دون تدخل المدين ممكنا وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهرى لا يزال ممكنا ، جاز للقاضى أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى هذا التنفيذ(١) .

٤٥٧ — عناصر التعويض : على أن القاضى فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يقضى بالتنفيذ القهرى ، وإلا كان قضى به منذ البداية بدلا من أن يقضى بالتهديد المالى . وإنما تقتصر مهمة القاضى فى الغالب على تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى كما قدمنا .

وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً — وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يعقب التهديد المالى ، بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذى يتفق مع فكرة التهديد المالى — يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى . هذا العنصر هو العنت الذى بدا من المدين . فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ — بل ويجوز أن يكون الالتزام مما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ إلى التهديد المالى لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين . فمتى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضاً قد تكشف ، ويجب النظر فى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى (ديموج ٦ فقرة ٥١٥) .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذى بدا من المدين يمكن أن يتحقق، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبى، فيجب تعويضه عنه. ولكن عنصر العنت إنما تبرز أهميته فى حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ، إذ يكون العنت فى هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً. هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة، فهو الذى يجعل للتهديد المالى مزية ليست له فى القانون الفرنسى حيث يقتصر القاضى على تقدير التعويض بقدر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر، ويفقد التهديد المالى مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده(1). وقد أمكن فى التقنين المصرى الجديد إضافة عنصر العنت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة فى المادة ٢١٤ كما رأينا(2). أما فى فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضى باضافة هذا العنصر، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة فى تقدير التعويض.

---

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسى من أن التهديد المالى، فى الوضع الذى أقره القضاء، ليس له تأثير كبير فى التغلب على عناد المدين. وقد ذهبت بعض المحاكم فى فرنسا، حتى يكون للتهديد المالى التأثير المطلوب، إلى أن تقضى بغرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسى ١٣ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥١ — ١ — ٢٢) أبت أن تقر هذا الموقف (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: « بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت، تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف. فإذا استبان هذا الموقف، وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة. فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به، وألزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر. وإن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشىء عن عدم الوفاء، ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض. وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠). ولا يؤخذ مما تقدم أن عنصر العنت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه، كما يبدو من ظاهر العبارة الواردة فى المذكرة الإيضاحية من أن الغرامة فى هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر. فإنه إذا كان هذا هو الغالب، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال عنصر العنت فى الحساب، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

=

ومتى تم للقاضى تقدير التعويض النهائى على النحو الذى بسطناه، قضى به على المدين، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين، لا على أنه تهديد مالى، بل على أنه تعويض نهائى. والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالى[١]، بل قد لا يرى القاضى فى بعض الحالات وجهاً للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين فى العنت، فيلغى الغرامة المالية دون أن يحل مكانها أى تعويض[٢]. على أن التعويض قد يكون فى بعض الحالات معادلا للغرامة المالية، لاسيما إذا أمعن المدين فى العنت والاصرار على عدم تنفيذ التزامه، فيستبقى القاضى التهديد المالى كما هو دون أن ينقصه، ولكن التهديد المالى تتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالى إلى تعويض نهائى[٣]. ويجب على القاضى فى جميع الأحوال، عند تحويل التهديد المالى إلى تعويض نهائى، أن يسبب حكمه وأن يبين فى الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذى أصاب الدائن، وقد كان الحكم القاضى على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول[٤].

= ويترتب على أن عنصر العنت الذى بدا من المدين منصوص عليه فى التقنين أن القاضى إذا أغفل هذا العنصر فى تقدير التعويض، خضع لرقابة محكمة النقض، إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر، فإذا هو لم يراعه كان هذا إخلالا منه بمسألة قانونية (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ — وانظر فى تقدير نظام التهديد المالى الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٨) .

(١) والحكم القاضى بتخفيض الغرامة المالية لا يلغى التنبيه(commandement)، ولكن يقصر أثره على المبلغ المخفض (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغى الغرامة التهديدية التى قررت إلزام خصم بها، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذى حددته له بمدة قصيرة، وأن هذا التأخر ناشىء عن عذر مقبول، ولكن فى هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التى رفعها بطلب إعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠) .

(٣) استئناف أهلى ١١ يونيه سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ — بنى سويف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ — المنيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٤) نقض فرنسى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ — الأستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١ .

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages - intérêts)

٤٥٨ — متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العينى للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض[١] .

فاذا أصبح التنفيذ العينى للالتزام مستحيلا بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض . ويعتبر التنفيذ العينى مستحيلا إذا كان هذا التنفيذ يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالى فى التغلب على عناده . وقد مر القول فى ذلك .

وحتى إذا كان التنفيذ العينى ممكنا دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فان التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العينى كما رأينا .

وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العينى ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقا للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فان القاضى يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العينى ، إعذار المدين ، وسنتكلم تفصيلا فى الاعذار عند الكلام فى تقدير التعويض عن طريق القاضى .

---

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بدلياً ، وأن الالتزام ، سواء نفذ تنفيذاً عينياً أو نفذ بطريق التعويض ، هو هو واحد لم يتغير ، والذى تغير هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التى كانت تكفل التنفيذ العينى كافلة للتعويض (انظر آنفا فقرة ٤٠٩ والهوامش) .

٤٥٩ — التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أياً كان مصدره : وكل التزام ، أياً كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العقدى ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض فى الحالات التى تقدم ذكرها فى الفقرة السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين . ويصبح التنفيذ العينى مستحيلا فى الالتزام بنقل ملكية شىء معين إذا هلك هذا الشىء أو انتقلت ملكيته إلى الغير(1) ، وفى الالتزام بعمل إذا انعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغى أن يتم القيام به فى مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفى الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتى المدين الأمر الممنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلا فيما تقدم .

والالتزامات التى لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض . فالالتزام التقصيرى ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانونى هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هى المسئولية التقصيرية . والالتزام الناشىء من الإثراء بلا سبب ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانونى آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض . وكثير من

---

(1) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العينى والتعويض فيه يستويان ، لأن التعويض لا يكون إلا فى دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العينى ، إذ أن النقود لا تتعين بالتعيين .

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلا للتنفيذ العينى فى جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا إن التنفيذ العينى يتحول إلى تعويض ، فكلاهما شىء واحد ، والأولى أن نسمى هذا الشىء تنفيذاً عينياً لا تعويضاً لأن الأصل هو التنفيذ العينى . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، إلا إذا كان تعويضاً عن التأخر فى التنفيذ ، لا تعويضاً عن عدم التنفيذ.

ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العينى مستحيلا إذا كان المدين معسراً ، فإن استحالة التنفيذ العينى ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لإعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقاً فى أى حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سبباً فى انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلا (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ — انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) .

الالتزامات القانونية الأخرى ويكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام الجار ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ — **وسائل تنفيذ التعويض** : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فاذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختيارا — وهذا هو الوفاء (paiement) — جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فانه يمكن دائماً تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينيا في بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء إلى التهديد المالي للوصول إلى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر . ويصلح الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم .

٤٦١ — **كيفية تقدير التعويض** : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة — وهذا هو الأصل — يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي .

وطوراً يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي .

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانوني(١) .

فنستعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

---

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على « أن تعيين قيمة بدل الضرر يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين » .

الفصل الأول

التعويض القضائى

٤٦٢ — **الاعذار وتقدير القاضى للتعويض** : يجب إعـذار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب فى التنفيذ العينى ، وهو واجب أيضاً فى التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعذار فى التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة فى التعويض عن تأخر المدين فى التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سنرى .

وأكثر ما يبرز الإعذار فى التعويض القضـائى ، وإن كان واجباً أيضاً فى التعويض الاتفـاقى (الشرط الجزائى) كما سيأتى . فآثرنا أن نبحث الإعذار فى هذا المكان ، متوخين فى ذلك الناحية العملية .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا فى صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن إلى القاضى تقدير التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره فى هذا التنفيذ .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (أولا) الإعذار (ثانياً) تقدير القاضى للتعويض .

الفرع الاول

الاعـذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ — **النصوص القانونية** : تنص المـادة ٢١٨ من التقنين المـدنى على ما يأتى :

« لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتى :

« يكون إعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار

عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر » .

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتى :

«لا ضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية : (ا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) إذا كان محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه[1]» .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ —ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الأعذار بأى طلب كتابى آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار» . وفى لجنة المراجعة حلت عبارة « أى إجراء آخر » محل كلمة «إنذار» الواردة فى آخر المادة ، لأن الأعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر أعذاراً تم بإجراء معين ، ولا يدخل فى الحالات التى لا ضرورة للاعذار فيها وهى الحالات المنصوص عليها فى المادة التالية . وأصبح رقم المادة ٢٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ سئل عما إذا كان الإعذار بكتاب عادى يكفى ، فأجيب بأنه يكفى لأن المراد بالإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون فى حقه فى التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الرأى ، وجعلت الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، جائزاً بدلا من جواز الاعذار بطريق الكتاب العادى ، وعدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ — ص ٥٥٨) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا ضرورة ، فى إعذار المدين ، لأى إجراء فى الحالات الاتية : (ا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو القيام بعمل وكان لابد أن يتم التنفيذ فى وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين .(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٨/١٢٠ (١) . ولا فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم فى الإعذار وأحكامه ، وإن كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلا ، على أنها ليست إلا تقنيناً لأحكام القضاء فى عهد التقنين السابق (٢) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢١٩ — ٢٢١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٥٦ — ٢٥٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٢١ — ٢٢٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٥٣ و٢٥٧ و٢٥٨(٣) .

= الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه » . وفى لجنة المراجعة وضعت كلمة « صرح » بدلا من كلمة « أعلن » فى البند (د) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتى : «لا ضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية » ، وحذفت من البند (ا) عبارة « وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام . . . الخ » لأنها تورد تطبيقات يجزىء عن إيرادها عموم العبارة ، وأضافت بعد عبارة « غيرممكن » فى البند (ا) عبارة « غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ — ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٧٨/١٢٠ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا تستحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اقتصر المشروع فى شأن الإعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً قصد به إلى علاج مايعتور من نصوص التقنين الحالى (السابق) من اقتضاب مخل . ويراعى بادىء ذى بدء أنه لم يأت على وجه الإطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الأعذار ومايرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه عن استحداث أحكام أخرى ، قد يكون أهمها مايتصل بإصلاح الإجراءات المتبعة فى إعذار المدين ، فقد قضى المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابى فى المواد المدنية ، وهو بهذا يخالف ماجرى عليه القضاء المصرى دفعاً لحرج الغلو فى التشبث بشكلية الإجراءات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد رأينا أن هذا التجديد الذى كان يقضى بالاكتفاء فى الإعذار بطلب كتابى قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٩—٢٢١ (مطابقة للمواد ٢١٨—٢٢٠ من التقنين المدنى المصرى ، مع ملاحظة أن الإنذار فى التقنين السورى يكون بواسطة الكاتب العدل وأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سورى) . =

ويتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ، وأن الإعذار يتم باجراءات معينة ، وأن هنـاك حالات

= التقنين المدنى العراق م ٢٥٦ (مطابقة للمادة ٢١٨ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٥٧ : يكون إعذار المدين بإنذاره . ويجوز أن يتم الإعذار بأى طلب كتابى آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار . (وهذا النص — كالمشروع التمهيدى للتقنين المصرى — يجيز الإعذار بطلب كتابى غير رسمى) .

م ٢٥٨ (مطابقة للمشروع التمهيدى لنص المادة ٢٢٠ من التقنين المصرى ، ولا تختلف فى الحكم عن التقنين المصرى) .

التقنين المـدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢١—٢٢٣ (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥٣ — يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر : أولا – أن يكون قد وقع ضرر . ثانياً – أن يكون الضرر معزواً إلى المديون . ثالثاً – أن يكون قد أنذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هـذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى) .

م ٢٥٧ — إن تأخر المديون الذى بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج فى الأساس عن إنذار يرسله إليه الدائن بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون خطياً (ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية) . وإن هذا الإنذار لواجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر . (وهذا النص يجيز الإعذار بكتاب مسجل أو برقية أو إخطار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدى للتقنين المصرى وكالتقنين العراقى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القـانون المدنى اللبنانى ص ١٦) .

م ٢٥٨ – لا يبقى الإنذار واجباً : ١ — عندما يصبح التنفيذ مستحيلا . ٢ – عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئى على الأقل . ٣ — عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أداؤه رد شيء يعلم المديون أنه مسروق أو كان المديون قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع . ففى الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتماً فى حالة التأخر بدون أى تدخل من قبل الدائن . (وهذا النص يختلف عن التقنين المصرى فى أمرين : (١) يجعل حلول الأجل فى دين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئياً كافياً ولا حاجة لإعذار المدين فى هذه الحالة ، وهذا الحكم أقرب إلى التقنينات الجرمانية وبعض التقنينات اللاتينية كما سنرى . (٢) لا يجعل من حالات عدم ضرورة الإعذار حالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . ويذهب الدكتور صبحى المحمصانى — فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ١٧ — إلى أن عدم ضرورة الإعذار فى حالة تصريح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، بالرغم من إغفال النص عليه ، مقبول فى لبنان « وفاقاً للقياس وللمبادىء العامة ، فالإنذار لا يلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين بإقراره ») .

لاضرورة فيها للإعذار . وإذا تم الإعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة .

فنتكلم إذن فيما يأتى : (١) معنى الإعذار (٢) كيف يتم الإعذار (٣) الحالات التى لا ضرورة فيها للإعذار (٤) النتائج القانونية التى تترتب على الإعذار .

٤٦٤ — *معنى الإعذار* : إعذار المدين هو وضعه قانوناً فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفى فى جعل المدين فى هذا الوضع القانونى (dies non interpellat pro homine) ، بل لابد من إعذاره[١] . فقد يحل أجل الالتزام، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، وقد رضى ضمناً بمد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذى حل أجله ، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التى رسمها القانون[٢] . وعند ذلك يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخر فى التنفيذ يستوجب التعويض[٣] .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ فى محل إقامة الدائن ، ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الأجل ، اعتبر معذراً دون حاجة إلى أى إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ، وإذا كان الدين يدفع على أقساط فى مدد قصيرة ، وأعذر المدين لأحد هذه الأقساط ، فلا يمكن أن يعتبر فى حاجة إلى الإعذار فى كل قسط لاحق يحل بعد مدة قصيرة (١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — انظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٢٣٨) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ — ويكون الإعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين فى الأعذار أجلا لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل فى قوة الإعذار ، فمتى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وإذا شطب الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه ، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى فى إعذار المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .

ويقابل اعذار المدين إعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات التى نص عليها القانون (م ٣٣٤ — ٣٤٠ مدنى — انظر دى باج ٣ فقرة ٨٦ — فقرة ٨٧) .

وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسى [1] ، نقلها عنه التقنين المدنى المصرى السابق ، واستبقاها التقنين المدنى المصرى الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولا عن التعويض [2] .

٤٦٥ — *كيف يتم الاعذار* : الأصل فى إعذار المدين أن يكون بانذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن فى وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صح أن يقال : « قد أعذر من أنذر [3] » .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٧–١٤) كيف يعلن المحضر الإنذار : يسلم صورة الإنذار إلى المدين نفسه فى موطنه ، فان لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أو من يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه الذى بينه تقنين المرافعات فى النصوص المشار إليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضاً فى ذلك . وقد قضت المادة ١٥ من التقنين

---

(١) وكان القانون الرومانى يستوجب الإعذار ، أما القانون الفرنسى القديم فكان لايستوجبه فى القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفى القرن الثامن عشر عاد بوتييه إلى تقاليد القانون الرومانى فاستوجب الإعذار (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥١) .

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢) ، والتقنين المدنى النمساوى (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٤٣) ، والتقنين المدنى البرازيلى (م ٩٦٠) ، والتقنين المدنى البرتغالى (م ٧١١) ، والتقنين المدنى الصينى (م ٢٢٩) ، والتقنين المدنى اليابانى (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسى والمراكشى (م ٢٦٩/٢٥٥) . أما المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٩٥) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ١٢١٩) فيستوجبان الأعذار ، ولكن يكفى فيه كتاب غير رسمى . انظر فى هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥ .

(٣) فالاعذار هو إذن إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive) ، وتفرغ فى شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الأعذار من الدائن أو نائبه أو من فضولى (وتكون مطالبة الدائن بالتعويض إجازة منه) ، ويشترط فيمن يصدر عنه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

المشار إليه بأن « الإعلان على يد المحضر يكون بطريق البريد فى الأحوال التى بينها القانون ، وكذلك يجوز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة فى الأحوال التى يكون فيها الإعلان فى قلم الكتاب أو فى الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين» . ويفهم من هذا النص أن القانون بين أحوالا يجوز فيها الإعلان بطريق البريد، وإعذار المدين حالة من هذه الحالات نصت عليها المادة ٢١٩ من التقنين المدنى كما رأينا . فيصح إذن أن يكون الإعذار عن طريق البريد متى طلب الدائن ذلك ، سواء أنذر المدين فى موطنه المختار أو فى موطنه الأصلى . وفى هذه الحالة يقدم المحضر صورة الإنذار لمكتب البريد فى غلاف مختوم ومبين فيه اسم المدين ولقبه وموطنه وعنوانه وتوقيع المحضر وبصمة خاتم قلم المحضرين ، ويؤشر المحضر فى ذيل أصل الإنذار بأنه سلم صورته لمكتب البريد على الوجه المتقدم (م ١٦ مرافعات) . ويسلم عامل البريد صورة الإنذار للمدين على الوجه المبين فى المادة ١٧ من تقنين المرافعات ، ثم يعيد لقلم المحضرين علم الوصول مؤشراً عليه بما حصل ، وعلى المحضر التأشير بما يتم من ذلك على أصل الإنذار ، ثم يسلمه للطالب مع علم الوصول (م ١٨ مرافعات) . وبذلك يتم إنذار المدين عن طريق البريد ، فيصبح معذراً .

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإنذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الإنذار[(١)] . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن فى أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار . من ذلك التنبيه الرسمى (commandement) الذى يسبق التنفيذ . ومن ذلك أيضاً صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال

---

(١) ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين فى دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره ، بل يجب على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفى لترتيب الأثر القانونى للإنذار أن يكون المشترى قد قال فى دعوى أخرى أن البائع أنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التى توقفت عليها تعهدات المشترى (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .

التنفيذ[1] . وكثيراً ما يقع أن ينذر الدائن المدين فى نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية فى وقت واحد ، ولكن إذا بادر المدين فى هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن . لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعذاره[2] .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفى للإعذار فى المسائل المدنية[3] ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفى . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإعذار تكفى فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوى[4] .

---

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

(٢) ولا يكفى فى الإعذار الطلب الذى يقدم للجنة المعافاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (إخطار شفوى لا يكفى) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقارن ديموج ٦ فقرة ٢٣٥ .

(٤) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوى وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدى ينص على جواز أن يتم الإعذار بطلب كتابى ولو غير رسمى ، ولكن حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « يجوز الإعذار بالكتابة أياً كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ .

ويميل القضاء فى فرنسا إلى عدم التشبث بشكلية الإعذار ، ويجعل لقاضى الموضوع سلطاناً لا يخضع لرقابة محكمة النقض فى تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة إلى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن فى أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعير مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعير الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفى بلجيكا يكتفى فى الإعذار بكتاب غير رسمى أو ببرقية ما دام إثبات ذلك ممكناً ، وإذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان فى هذا الإقرار إثبات كامل ، ويعتبر المدين فى هذه الحالة =

وأما فى المسائل التجارية فيكفى فى الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجارى، بل إن مجرد الإخطار الشفوى يكفى إذا كان العرف التجارى يقضى بذلك . والمهم أن يهيء الدائن ما يثبت أن الإعـذار قد تم على هـذا الوجه[1] .

٤٦٦ — **الحالات التى لا ضرورة فيها للإعذار** : هنـاك حالات لاضرورة فيها للإعذار، ويعتبر مجرد حلول الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولا عن التعويض . وهذه الحـالات ترجع إما إلى الاتفاق، وإما إلى حكم القانون ، وإما إلى طبيعة الأشياء ، وقد نص عليها جميعاً فى المادتين ٢١٩ و٢٢٠ من التقنين المدنى .

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أى إجراء [2] . ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً . ومثل الاتفاق الضمنى أن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء فى تاريخ معين ، وأن يشترط الدائن فى عقد التوريد وجوب التسليم فوراً (librable de sirite) [3].

= معذراً (دى باج ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول إعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دى باج ٣ فقرة ٨١) .

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدنى العراقى (م ٢٥٧) وتقنين الموجبـات والعقود اللبنانى (م ٢٥٧ كذلك) يكتفى فى الإعذار بكتاب غير رسمى (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ فى الهامش) .

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٠ — ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٤ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت ٢٨ رقم ٧٤ ص ٨٤ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ — انظر أيضاً فى فرنسا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣ .

(٢) وقد ورد فى تاريخ نص المـادة ٢١٩ (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ فى الهامش) أن لجنة المراجعة ذهبت إلى أن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين هو هذا الاتفاق، فلا يدخل فى الحالات التى لا ضرورة للإعذار فيها . ولم نجار اللجنـة فى هذا الرأى ، بل أدمجنا حالة الاتفاق مقدماً ضمن الحالات الأخرى التى لا ضرورة فيها للاعذار ، ففى هذه الحالات جميعاً يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أى إجراء . ولا يمكن اعتبـار الاتفاق مقدماً إجراء لإعذار المدين ، بل هو اتفاق على ألا يكون هناك إجراء لهذا الإعذار .

(٣) پرو : أنسيكلوبيدى دالوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٧ .

ويجب أن يكون الاتفاق الضمنى غير محل للشك ، فوضع شرط جزائى فى العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار[1] ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين فى دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس [2] . وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار فى اقتضاء أقساط التأمين ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة [3] .

وقد يقضى القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . وقد نص فعلا فى المادة ٢٢٠ على ألا ضرورة للإعذار فى حالات معينة ، بعضها كان فى حاجة إلى هذا النص ، وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان فى حاجة إلى النص فالحالة التى يكون فيها محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . فى هذه الحالة يكون المدين سيىء النية ، ويكون واجباً عليه أن يرد الشىء إلى الدائن ، وليس الدائن — بمقتضى النص — فى حاجة إلى إعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشىء للدائن ، دون إعذار ، وإلا كان مسئولا عن التأخر فى الرد [4] . وهناك حالات أخرى متفرقة فى نواحى القانون ، نص فيها

---

(١) دافيد : مقال فى الإعذار منشور فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ١٠٩ .

(٢) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠ — والتون ٢ ص ١٢٢ — قارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . ومجرد أن يشترط فى عقد البيع أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفى من الإعذار ، وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .

(٤) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضى بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ — استئناف مختلط =

على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعذار. منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدنى من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضى بأن الفوائد تستحق ، لا من يوم الإعذار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحقت الفوائد دون مطالبة قضائية بل ودون إعذار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدنى من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وهنا أيضاً تستحق الفوائد لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار بل من وقت الإنفاق (١) .

وأما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :

(أولا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (٢) .

= ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — اسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥) .

(١) انظر أيضاً المادة ١٩٥ مدنى وتنص على أن «يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ...» .

والمادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى وتنص على أنه «لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» . والمادة ٥١٠ مدنى وتنص على أنه «إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء» . والمادة ٥٢٢ مدنى وتنص على أنه «١ — إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . ٢ — وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق فى مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها» . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدنى وتنص على أن «يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع» .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

فلا معنى إذن لإعذار المدين، وهذا ما تقضي به طبائع الأشياء ، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار . ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام، ولما كان المدين مسئولا حتى عن التعويض . وتتحقق الحالة التي نحن في صددها في فروض مختلفة . منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه ، وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه [1] . ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتي العمل الممنوع ، فلا فائدة من الإعذار في هذا الفرض إذ أصبح التنفيذ العيني غير ممكن [2] . ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً ، ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول ، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشتري الأول غير ممكن ، ومن ثم لا ضرورة للإعذار . ومنها التزام المؤجر باجراء إصلاحات في العين المؤجرة ، فما فات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لايلزم فيه إعذار ، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إلى الإصلاحات مجرد إخطار ليس من الضروري أن يكون في شكل الاعذار ، بل لو أخطره شفوياً — وله أن يثبت الإخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية — فان هذا يكفي [3] . وفي العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين ، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة ، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين استحق عليه

---

(١) استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ .

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ رقم ١٥٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ .

(٣) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٥٣ ص ١١٤ — برو : أنسيكلوبيدى داللوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٢٥ .

التعويض ولو قبل الاعذار (١) .

(ثانياً) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام فأضر بالغير ، لم يعد التنفيذ العينى للالتزام ممكناً ، فلا جدوى إذن فى الإعذار (٢) . ويمكن القول أن كل التزام ببذل عناية — ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير — يكون الإخلال به غير ممكن تداركه ، ومن ثم لايلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال . ويرد ذلك إلى القاعدة التى بسطناها فى الحالة الأولى ، إذ أنه متى أخل المدين بالتزام فى ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العينى لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار . ونرى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست فى الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى (٣) .

(ثالثاً) إذا صرح المدين كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه . فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لاجدوى فى إعذاره ، فهو قد رد سلفاً أنه لايريد القيام

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٦٠ — هذا وقد رأينا فى تاريخ نص المادة ٢٢٠ (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ فى الهامش) أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو القيام بعمل ، وكان لابد أن يتم التنفيذ فى وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين » . وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة « وعلى الأخص » ، لأنها تورد تطبيقات يجزىء عن إيرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة « غير ممكن » عبارة « أو غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ .

(٣) وقد قدمنا أن الصحيح أن يقال إن العمل غير المشروع هو إخلال بالتزام اتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو إخلال بالتزام بعمل ، لا إخلال بالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم الإضرار بالغير . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٦ وفقرة ٤٢ ص ٥٧) إلى أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير — أو باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير على الوجه الذى ذهبنا إليه — ليس التزاماً بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانونى عام « باحترام الحدود التى رسمها القانون لكى يستطيع كل عضو فى المجتمع أن يزاول نشاطه =

بالتزامه[1] . ولا يكفى التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة . على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات ، فلو أقر المدين أنه صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التى وجهت إليه فى ذلك ، لكان ذلك كافياً فى إثبات التصريح المطلوب للإعذار[2] .

ولما كانت هذه الحالات الثلاث[3] إنما تقضى بها طبائع الأشياء كما قدمنا ، فقد كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدنى الجديد الذى سبق أن أوردناه[4] .

= دون جور على غيره » ، ولذلك لم يتحدد فيه شخص الدائن ، ولا يتضمن معنى العبء إذ يتساوى فيه الجميع . وإنما الالتزام بالمعنى الفنى الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة إلى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به عن طريق الإعذار ، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون فى ذلك سبباً كافياً لإعفاء الدائن من الإعذار .

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ — انظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٣ ص ٨٥ — قارن دى باج ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن القانون لايتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة — هذا وإذا أقر المدين بتقصيره فى القيام بالتزامه ، قام هذا الإقرار مقام الإعذار (اسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٣) .

(٣) انظر فى هذه الحالات الثلاث المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ — ص ٥٦١ — ويلاحظ أنه فى الحالات التى لاتكون فيها حاجة للإعذار ، ويكون الدين مطلوباً (quérable) لا محمولا (Portable) ، لايعنى عدم الحاجة إلى الإعذار الدائن من أن يسعى لتقاضى الدين فى موطن المدين (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥٣ ص ١١٤ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وأحكام القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا المعنى . من ذلك ماقضت به محكمة النقض من أن الإعذار ليس لازماً فى جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه ، وقد لايكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦). وقضت =

٤٦٧ — النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار : يترتب على اعذار المدين نتيجتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولا عن التعويض لتأخره فى تنفيذ الالتزام، وذلك من وقت الإعذار . أما فى الفترة التى سبقت الإعذار ، فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر فى التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضى بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يعذر المدين(١) . والنص صريح فى هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدنى بأنه «لايستحق التعويض إلا بعد إعذار

= بأنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح متعذراً، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء، فنى هذه الأحوال وأمثالها لايكون للتنبيه من مقتض (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٣٧٣ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الإعذار فى حالة المسئولية التقصيرية وفى حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبى (أول ينايرسنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٢٥١ ص٥١٣ — ١٥ ديسمبرسنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

(١) نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ — استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ . ويعدل عدم الإعذار الرجوع فى الإعذار ، فقد يعذر الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع فى إعذاره الأول بإعذار ثان يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالعبرة بالإعذار الثانى لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتد فى تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر فى تاريخ معين دون الإعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة اطراحه الإعذار الأخير ، فإنه يكون قاصراً (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئى ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه ، ثم توقف عن تسليم الباقى حتى أعذره المشترى ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذى حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه فى العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذى امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئى باعتبار أنه هو التاريخ الذى ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقى ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢).

المدين»(١) . ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فالتعويض عن التأخر — أى الفوائد — لايكون مستحقاً بمجرد إعذار المدين، بل لا بد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى ، وسيأتى تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك فى الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلا . ورأينا أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر فى كلتا الحالتين على التفصيل الذى قدمناه .

ورأينا أيضاً أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشىء كان يهلك فى يد الدائن لو أنه سلم إليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعذاره، وانقضى التزامه .

ورأينا أخيراً أنه يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشىء مسروقاً متى كان هو السارق ، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه .

ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى السابق(٢).

---

(١) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٠٣ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٥ — استئناف أهلى ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ — ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ — ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ — استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

والإعذار — وهو إرادة منفردة كما قدمنا — ضرورى ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر فى التنفيذ، بل أيضاً لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر فى التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر فى التنفيذ وهذه واقعة مادية ، وعنصر الإعذار وهذا تصرف قانونى . وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المتغلب .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

الفرع الثانى

تقدير القاضى للتعويض

٤٦٨ — نوعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ (dommages-intérëts compensatoires) (٢) تعويض عن التأخر فى التنفيذ (dommages-intérêtes moratoires) (١).

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل ، كما رأينا ، محل التنفيذ العينى ، ولا يجتمع معه (٢) . أما التعويض عن التأخر فى التنفيذ فانه تارة يجتمع مع التنفيذ العينى إذا نفذ المدين التزامه متأخراً فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ العينى التعويض عن التأخر فيه ، وطوراً يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر فى التنفيذ(٣).

والإجماع منعقد على أن الإعذار واجب فى التعويض عن التأخر فى التنفيذ ، وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لايستحق إلا بعد إعذار المدين . أما التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأى فيه . هناك رأى يذهب إلى وجوب الإعذار أيضاً لإطلاق النص ، إذ «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين» ، دون تمييز بين تعويض عن التأخر فى التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ (٤) . وهناك

---

(١) انظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئى ، فيجتمع التنفيذ العينى الجزئى مع تعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦) . وإذا سلم المدين العين ، ولكن بعد أن أخل بالتزامه فى المحافظة عليها فأصابها تلف ، فانه يدفع تعويضاً عن التلف إلى جانب تسليم العين . وليس فى هذا جمع بين التنفيذ العينى والتعويض عن عدم التنفيذ ، بل هو تنفيذ عينى لالتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الآخر (وهو الالتزام بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٧) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ — دى باج ٣ فقرة ١٢٨ — فقرة ١٣٤ .

(٤) كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة — ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٢١ — دى باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ .

رأى آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها ، فلا جدوى فى الإعذار[١] . ونحن نميل إلى التمييز ما بين فرضين فى حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فاما أن يكون التنفيذ العينى لايزال ممكناً ، وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففى الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العينى لايزال ممكناً ، والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً ، فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العينى عقب إعذاره . وفى الفرض الثانى ، إذا أصبح التنفيذ العينى غير ممكن ، لم تعد هناك جدوى فى الإعذار ، إذ نكون فى إحدى الحالات الاستثنائية التى لاحاجة للإعذار فيها[٢] . وهذا الرأى الذى نقول به يؤدى إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن التأخر فى التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التى يصبح فيها الإعذار غير ضرورى ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر فى التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فى التنفيذ ، فان القواعد التى تتبع فى تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ — عناصر التعويض : والذى يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضى كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدنى على أنه « إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧٦ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٤ — مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٧١ — انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٢ ص ٥٠١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١٨ .

معقول[1] » .

ونرى من هذا النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens)، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) [2] ، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts) . فالقاضى إذن فى تقديره للتعويض — سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر فى التنفيذ — يدخل فى حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولا ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره فى هذا التنفيذ . ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض[3] .

فالمدين الذى لايقوم بتنفيذ التزامه عن تسلم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى ، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة فى الميعاد المتفق عليه . والممثل الذى لا يقوم بتنفيذ التزامه من إحياء ليلية تمثيلية يدفع تعويضاً للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه فى تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه . وهكذا [4] .

وغنى عن البيان أنه لايكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره فى ذلك . وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر فى حالة مجرد تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً فى حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه فى قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامى عن

---

(١) انظر تاريخ هذا النص فى الوسيط جزء أول ص ٩١١ هامش رقم ١ .

(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلا تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت » .

(٣) نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٨ ص ٧٤٤ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ — وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ — ص ٤٤١ .

القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه فى قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجاً لأن العقار مثقل برهون سابقة تستغرقه .

والدائن هو الذى يقع عليه عبء الإثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار مافاته من كسب[1].

٤٧٠ — الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول : وقد سبق أن بينا[2] أن الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلا ، لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية[3]. فلا يعوض إذن فى المسئوليتين إلا عن الضرر

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ — قارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ . وانظر فى كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .

وتقدير التعويض من سلطة قاضى الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص ملزم باتباع معايير معينة فى خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع . فإذا كان الحكم ، فى تقديره التعويض الذى قضى به لمؤجر على مستأجر استمر فى وضع يده على الأرض المؤجرة دون رضاء المؤجر ، قد استهدى بفئات الإيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره فى الجريدة الرسمية ، وبالعلم العام بارتفاع أجور الأطيان للحالة الاقتصادية السائدة فى السنوات المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الإيجار بواقع كذا جنيهاً للفدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاء المؤجر ، فلا يصح أن ينعى عليه أنه أخل بحق المستأجر فى الدفاع إذ اعتبر ضمن ما اعتبر به فى تقدير التعويض بفئات الإيجار السنوى الواردة بذلك المرسوم بقانون الذى لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتمسك به أحد من الخصوم (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر فى الحكم ، والحكم الذى يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض ، إذا لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وانظر فى مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفى الظروف الملابسة التى من شأنها أن تؤثر فى تقدير التعويض عن المسئولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ — فقرة ٦٤٩ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٣) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وتنص على « إن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب » .

المباشر (direct) . والضرر المباشر هو — كما تقول المادة ٢٢١ سالفة الذكر — مايكون « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول »[١] .

ولكن فى المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما فى المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدنى صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .[٢] وقد سبق أن بينا تفصيلا ماهو الضرر المباشر ، وما هو الضرر المباشر المتوقع ، وما الذى يبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره[٣] .

٤٧١ — **تقدير التعويض بمبلغ من النقود** : والقاضى يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود ، سواء فى ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية أو أى التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدى فى بعض الحالات . فى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بادانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدى عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضاً عينياً فيجوز للقاضى أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً فى حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد

---

(١) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلا فى الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ .

(٢) انظر تاريخ هذا النص فى الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ — وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « أن التعويض ، فى حالة التعاقد ، لايشمل سوى الأضرار التى كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ، ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً » .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥١ — فقرة ٤٥٣ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

بينائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدنى)[1] .

٤٧٢ — شروط استحقاق التعويض — النصوص القانونية :

وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدنى على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه[2] » .

---

(١) انظر فى التعويض النقدى والتعويض غير النقدى فى المسئولية التقصيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٠ مكررة — الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٤ — فقرة ٦٤٥ .
وانظر فى التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ — إذا أتلف عامل النقل البضاعة أو تأخر فى تسليمها ، أو أساء الصانع صنع أثاث عهد إليه فى صنعه ، ونحو ذلك — عن طريق ترك الشيء التالف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضى قيمة الصحيح كاملة منه : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ — ص٥٤٨) . وانظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١١٩/١٧٧ و١٧٨/٢٤١ : م ١١٩/١٧٧ — التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لاتكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . م ١٧٨/٢٤١ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ألزم بالتضمينات . (ولا تختلف أحكام التقنين المدنى الجديد عن هذه الأحكام) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٦ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٦٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى ، غير أنها مقصورة على المسئولية العقدية — وانظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٦ — فقرة ٣٨) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

=

وقد بينا فى الجزء الأول من الوسيط(١) أن هذا نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وقد وضع من أجل ذلك فى الباب المعقود لآثار الالتزام(٢). ويتضح منه أن شروط التعويض هى نفس أركان المسئولية، عقدية كانت أو تقصيرية. وهذه الأركان هى : (١) الخطأ (٢) والضرر وعلاقة السببية مابين الخطأ أو الضرر.

٤٧٣ — الخطأ (احالة) : والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً. وقد بينا فى الجزء الأول من الوسيط(٣) ماهو الخطأ العقدى فى الالتزام بتحقيق غاية وفى الالتزام ببذل عناية، وتكلمنا فى المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء. وبينا أيضاً(٤) ماهو الخطأ التقصيرى بركنيه المادى والمعنوى، وتكلمنا فى المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء. فلا نعود هنا إلى ذلك، ونقتصر على هذه الإحالة(٥).

٤٧٤ — الضرر (احالة) : كذلك بينا فى الجزء الأول من الوسيط(٦) ماهو الضرر فى المسئولية العقدية، وعلى من يقع عبء إثباته، وكيف يتحقق

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٥٤ : فى حالة التعاقد يكون المديون مسئولا عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلا فى الأحوال المبينة فى المادة ٣٤١ — م ٢٥٥ : فى بعض العقود وعلى وجه الاستثناء لايكون المديون مسئولا لمجرد عدم تنفيذه العقد، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته، ويعين القانون درجة أهميته — م ٢٥٦ : أن شروط نسبة الضرر، فى حالة عدم التعاقد، معينة فى المادة ١٢٢ وما يليها. (وجملة هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى).

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤.

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام فى المسئولية العقدية وفى المسئولية التقصيرية، فنكتفى بالإحالة إليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بعد أن استوفى شروطه، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (انظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٩٨).

(٣) فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٣٥.

(٤) الوسيط جزء أول فقرة ٥٢٦ — فقرة ٥٤٣ وفقرة ٦٦٢ — فقرة ٧٣٦.

(٥) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٢ — ص ٥٤٤.

(٦) فقرة ٤٤٢ — ٤٤٩.

كل من الضرر المادى والضرر الأدبى فى هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبينا الضرر فى المسئولية التقصيرية[1] ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادى وضرر أدبى ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى[2] بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبى سواء كان ذلك فى المسئولية التقصيرية أو فى المسئولية العقدية[3] .

٤٧٥ — علاقة السببية (احالة) : وكذلك فى علاقة السببية فى كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تكلمنا فى السبب الأجنبى وفى السبب المنتج وفى السبب المباشر ، فنكتفى هنا بالإحالة[4] . وعند الكلام فى السبب الأجنبى عرضنا للخطأ المشترك[5] ، وكيف يجوز فيه للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما[6] .

٤٧٦ — التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية (احالة) : وقد نصت

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٦٨ — فقرة ٥٨٠ .

(٢) انظر النص وتاريخه فى الوسيط الجزء الأول ص ٨٦٨ وهامش رقم ١ .

(٣) انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٢ هامش رقم ١ — وقد نصت المادة ٢٦٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يعتد بالأضرار الأدبية كما يعتد بالأضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكناً على وجه معقول» . ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على أنه « يمكن الاعتداد بالأضرار المستقبلة على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المختص بالإجرام فى المادة ١٣٤ فقرتها السادسة » . وقضت المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى العراقى بأن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية . ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٥٤) إلى أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، ويلاحظ على هذا الرأى أن الفقه الحديث قد أصبح مجمعاً على جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدنى عراقى ، وإن كان قد ورد فى المسئولية التقصيرية إذ هى الميدان الأكثر اتساعاً للضرر الأدبى ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هى جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام .

(٤) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥٤ — فقرة ٤٥٥ وفقرة ٥٨١ — فقرة ١٠...

(٥) انظر نص المادة ٢١٦ مدنى وتاريخ النص فى الجزء الأول من الوسيط ص ٨٨٩ وهامش رقم ٢ .

(٦) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٦ .

المادة ٢١٧ من التقنين المدنى على مايأتى :

« ١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة » .

« ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ماينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

« ٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع [١] » .

وقد سبق أن بينا فى المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الإعفاء منها فى حدود بينها النص [٢] . وبينا كذلك فى المسئولية التقصيرية كيف لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفى هنا أيضاً بالإحالة [٣] .

---

(١) انظر فى تاريخ النص الوسيط الجزء الأول ص ٦٧٢ هامش رقم ١ .

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣٧ — فقرة ٤٤١ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٤ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

الفصل الثانى

التعويض الاتفاق أو الشرط الجزائى

(La clause pénale)

٤٧٧ — ماهو الشرط الجزائى : يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لايتركان تقدير التعويض إلى القاضى كما هو الأصل ، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هـذا الاتفـاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائى .

وسمى بالشرط الجزائى لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه . ولـكن لاشىء يمنع من أن يكون فى اتفاق لاحق لهذا العقد [1] (م ٢٢٣ مدنى) ، بل لاشىء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع [2] وإن كان هذا يقع نادراً [3] .

---

(١) ولـكن قبل وقوع الضرر الذى يقدر الشرط الجزائى التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد (دى باج ٣ فقرة ١٢٠) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائى يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائى الذى يتفق عليه فى حالة الإخلال بوعد بالزواج ، إذ الإخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسئولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢) . كذلك الشرط الجزائى الذى يتفق عليه فى حالة إبطال بيع ملك الغير تقدير لتعويض عن مسئولية تقصيرية . وإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض فى حالة فسخ العقد ، فالمسئولية التى تتخلف عن فسخ العقد إنما هى مسئولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائى مبلغ التعويض عنها (قارن دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً وفقرة ١٢٣) . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية — كجريمة التبديد — واتفق المتعاقدان على شرط جزائى ، فإن هذا يكون اتفاقاً مقدماً على التعويض عن جريمة أى عن عمل غير مشروع (دى باج ٣ فقرة ١١٧) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

والأمثلة على الشرط الجزائى كثيرة متنوعة . فشروط المقاولة (cahier des charges) قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود اليه إنجازه . ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطاً جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريفة مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذى تدفعه المصلحة للمتعاقد معها فى حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة . واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائى ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة . ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إجارته الأطيان المؤجرة إليه خالية من الزراعة ، وشرط فى العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التى عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلى صحيحاً وكان الشرط الجزائى صحيحاً معه (١) .

---

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج فى هذا الصدد ان الشرط الجزائى يصح أن يكون مبلغاً من النقود ، كما يصح أن يكون شيئاً أو عملا أو امتناعاً أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق أو تشديداً فى شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — أنظر أيضاً : نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنافية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل فى الشرط الجزائى هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض كما أسلفنا القول . ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى . من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذى يتوقعانه ، فيكون الشرط الجزائى بمثابة تهديد مالى . وقد يتفقان على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائى بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسئولية . فإذا ستر الشرط الجزائى غرضاً غير مشروع ، كأن أخفى إعفاء غير مشروع من المسئولية ، كان الشرط باطلا (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دى باج ٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائى تأكيد التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مسئولا عنه إذا لم يقم =

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائى على هذا النحو ، نتكلم فى : (١) شروط استحقاقه وتكييفه القانونى (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

الفرع الاول

شروط استحقاق الشرط الجزئى وتكييفه القانونى

٤٧٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى على مايأتى :

« يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠[١] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٥٢/٩٨ ، وهى بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة فى الصياغة لا تختلف فى الحكم عن نص

= بحمل الغير على التعهد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائى متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله فى حالة الإخلال بهذا الالتزام ، أياً كان الوصف الصحيح للعقد الذى تضمنه ، بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعى لدى الغير لإقرار البيع ، وإذن فإذا كان الحكم ، مع إثباته إخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعى لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل فى حين أنه التزم بصفته ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائى المنصوص عليه فى ذلك العقد قولا بأن العقد فى حقيقته لا يعدو أن يكون تعهداً شخصياً بعمل معين من جانب المتعهد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدنى ١٢ يناير سنه ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائى فى الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط فى حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائى فى هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط فى اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائى على هذا النحو فى القانون الرومانى سبيلا لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (stipulatio poenae) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دى باج ٣ فقرة ١١٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ — ص ٥٧٠) .

التقنين المدنى الجديد(١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٢٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٢٢٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٦٦ فقرة أولى(٢) .

٤٧٩ — *المميز للشرط الجزائى* : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائى ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلى بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعى بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هى نفس شروط الالتزام الأصلى ، وتكييفه القانونى هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل(٣) .

---

(١) وكانت المادة ٩٨/١٥٢ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان التعهد بشيء معين مقرر حكمه فى القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به فى الأصل ، كان الخيار للمتعهد إليه فى طلب وفاء التعهد الأصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائى التزام تخييرى ، للدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الأصلى . وهذا خطأ تشريعى (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (م١٥٢) فقد أضاف العبارة الآتية : « انما يجوز دائماً للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلى بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائى منصوصاً على وجوبه لمجرد التأخر » . وبهذه الإضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطنى (انظر والتون ٢ ص ٣٩٥ — ص ٣٩٦ — الموجزللمؤلف ص٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٢٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) — التقنين المدنى العراقى م ١٧٠ فقرة أولى (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) — التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٦ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى المصرى) . تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٦ فقرة أولى : للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً فى العقد أو فى صك لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر فى حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

(٣) ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائى عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العينى ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العينى الشرط الجزائى عن التأخر فى التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٥) .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ — سبب استحقاق التعويض : قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشىء من هذا العقد هو السبب فى استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين فى تنفيذ التزامه العقدى هو السبب فى استحقاق التعويض عن التأخير[١]. والشرط الجزائى إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضين .

٤٨١ — شروط استحقاق الشرط الجزائى : فشروط استحقاق الشرط الجزائى هى نفس شروط استحقاق التعويض . وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هى وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية مابين الخطأ والضرر ، وإعذار المدين . فهذه هى أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائى ، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥—٢٢٠. وهذه المواد بعضها — م ٢١٥ — ٢١٧ — يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل فى ذلك التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية ، وبعضها — م ٢١٨—٢٢٠ — يتناول شرط الإعذار[٢] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣) .

(٢) وكان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ —

٤٨٢ — شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائى إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين[1] . والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً كما أسلفنا القول . فاذا لم يكن هناك خطأ من المدين[2] . فلا مسئولية فى جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لامحل لإعمال الشرط الجزائى ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا .

٤٨٣ — شرط الضرر :ولا يستحق الشرط الجزائى كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فاذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ،ولا محل لإعمال الشرط الجزائى فى هذه الحالة [3] .

ومع وضوح هذا الحكم فانه غير مسلم به فى القانون الفرنسى ، وكان محلا للتردد فى عهد التقنين المدنى السابق .

أما فى القانون الفرنسى ، فقد نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا ذكر فى الاتفاق أن الطرف الذى يقصر فى تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل[4] » . فذهب القضاء الفرنسى إلى أن الشرط الجزائى يستحق حتى

= استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ .

(٢) ووقوع خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص فى العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة ، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها فى هذا التقدير (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . والدائن بالشرط الجزائى هو الذى يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٤) وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى :

Art. 1152 : Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage - intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه ، فان اتفاق الطرفين على شرط جزائى ، وتقديرهما مقدماً للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه[1].

أما فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد كانت المادة ١٨١/١٢٣ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر». ومع أنه كان واضحاً أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسي سالفة الذكر ، فان القضاء المصرى ظل متردداً ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسى ، وتقضى أحكام أخرى بوجوب إثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصرى على الرأى الثانى وهو المتفق مع القواعد العامة ، وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف فى كل من القضائين الوطنى والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائى أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن[2].

وجاء التقنين المدنى الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقنن القضاء المصرى الوطنى والمختلط على الوجه الذى قدمناه . وهذا هو ما جرت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : « لايكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر» . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائى ، بالنسبة إلى وقوع الضرر ، لايخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر

---

(١) ويكون الغرض من الشرط الجزائى منع أى جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٨) .

(٢) كان القضاء الوطنى متردداً فى أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضى بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى : استئناف أهلى ٢٩ نوفبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣ – ٧ نوفبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لاتشترط إثبات وقوع الضرر : استئناف أهلى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ =

واقعاً فى تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته . وعلى المدين ، إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أن يثبت ذلك . فعبء إثبات الضرر إذن – خلافاً للقواعد العامة – ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائى (١) .

= ص ٢٥٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ – ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ – ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت فى حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٦٠ .

وكان القضاء المختلط متردداً كذلك . فمن الأحكام ما قضت بوجوب وقوع الضرر : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ — ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ – ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ – ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (استئناف مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ – انظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧) . وبقى الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائى يقع عبء إثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الإثبات إلى المدين فيكلف بنفى وقوع الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٧ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن مدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وينص التقنين الجديد — كما سنرى – أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدين ، وهو الذى عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً (انظر فى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه فى إدارة عمل رسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائى أن يكون على الطاعن الذى أخل بالتزامه — فحق عليه التعويض — عبء إثبات =

٤٨٤ — شرط علاقة السببية : ولا يستحق الشرط الجزائى إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت هـذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبى ، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان فى المسئولية العقـدية مباشراً ولـكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسئولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائى (١) .

٤٨٥ — شرط الإعذار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائى ، فى جميع الأحوال التى يجب فيها إعذار المدين . أما فى الأحوال التى لا ضرورة فيها للإعذار ، فانه لا يشترط (٢) . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلا . وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار فى الأحوال التى يجب فيها ، فانه إذا لم يقم الدائن باعذار المدين فى هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائى (٣) . وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدنى فى استحقاق الشرط

= أن ابنه قد خسر فى الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه فى العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر فى الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الأسباب التى أوردها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافى على ما ينعى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤) .

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسئولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فيشترط أولا توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلا من جراء سبب أجنبى لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالى) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد من المسئولية ، يقصد منه إلى تحميل المدين تبعة الحادث الفجائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ — ص ٥٧٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ (لا ضرورة للإعذار فى شرط جزائى لالتزام بالامتناع عن عمل) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤— ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضاً الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (م ٩٨ مدنى أهلى) : استئناف أهلى ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ — ٢١ يونيه سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ =

الجزائى إلى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م ٢١٨ – ٢٢٠ مدنى)[١]. وقدمنا أن مجرد وجود شرط جزائى لا يعفى من الإعذار ، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على إعفاء الدائن من إعذار المدين[٢] .

المبحث الثانى

التكييف القانونى للشرط الجزائى

٤٨٦ — الالتزام بالشرط الجزائى تابع للالتزام الأصلى: قدمنا أن الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصيل الذى يتبعه الالتزام بالشرط الجزائى فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه .

ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائى التزام تابع أمران : (أولا) أن العبرة هى بالالتزام الأصلى لا بالشرط الجزائى . (ثانياً) بطلان الالتزام الأصلى يستتبع بطلان الشرط الجزائى ، أما بطلان الشرط الجزائى فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلى .

٤٨٧ — العبرة بالالتزام الأصيل لا بالشرط الجزائى : لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلى ما دام تنفيذه ممكناً . كذلك

= ص ٤٩ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ — مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ — استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ – ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(١) انظر أيضاً المادة ١٢٣٠ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

لايجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلى [١] . وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائى ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلى مستحيلا بخطأ المدين . أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلى مستحيلا بسبب أجنبي ، فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائى ، لأن الشرط الجزائى ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق ، وهنا لايستحق الدائن تعويضاً ما .

وينبنى على ما تقدم أن الشرط الجزائى — كالتعويض — لايعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلياً . فهو ليس بالتزام تخييرى ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لايستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلى ما دام هذا ممكناً [٢] . ولأن المدين هو أيضاً لايملك هذا الخيار ، بل هو لايستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلى ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائى ليس بالتزام بدلى ، لأن المدين لايملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلى إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائى كبديل عن الالتزام الأصلى [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ .

(٢) ومن ذلك نتبين عدم دقة المادة ٩٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق والمادة ١٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى . فالمادة ٩٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق كانت توهم أن الشرط الجزائى التزام تخييرى الخيار فيه للدائن ، وهذا خطأ تشريعى سبقت الإشارة إليه . وقد أصلحت المادة ١٥٢ من التقنين المدنى المختلط هذا الخطأ بأن أضافت : « إنما يجوز دائماً للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلى بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائى منصوصاً على وجوبه لمجرد التأخر » . وقد مر ذكر ذلك (أنظر آنفاً ص ٨٥٤ هامش رقم ١) .

أما المادة ١٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى فتنص على أنه « يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائى ، أن يطالب بتنفيذ الالتزام الأصلى » . وهذا النص يوهم أيضاً أن الشرط الجزائى التزام تخييرى الخيار فيه للدائن . ولكنه يفسر فى فرنسا على الوجه الصحيح ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بالشرط الجزائى إذا عرض المدين تنفيذ الالتزام الأصلى ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائى إذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الأصلى وكان هذا التنفيذ ممكناً ، وكل ما يعنيه النص هو أن وجود الشرط الجزائى لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلى (كولان وكابيتان ودوراندير ٢ فقرة ١٦٥) .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٠ =

وإنما الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام تابع للالتزام الأصلى ، يبقى ببقائه وينقضى بانقضائه ، فاذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلى مستحيلا بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الأصلى وأصبح تعويضاً تكفل الشرط الجزائى بتقديره .

٤٨٨ — بطلان الالتزام الأصلى يستتبع بطلان الشرط الجزائى والعكس : وإذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، كان الشرط الجزائى وهو التزام تابع باطلا كذلك . فاذا عقد الالتزام الأصلى غير ذى أهلية أو غير ذى صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائى ، كان كل من الالتزام الأصلى والشرط الجزائى باطلا[1] .

ولكن إذا كان الشرط الجزائى باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلى باطلا ، لأن الشرط الجزائى التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلى . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائى إذا لم يستوف

= فقرة ١٣٦١ — ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلى التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام بسيط . والالتزام المعلق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائى ، فأنه لا يستحق إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلى مستحيلا بخطأ المدين (لاروميير ٤ المادة ١٢٢٨ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٤٣١ — هيك ٧ فقرة ٣٧٠ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٤٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ - ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ - دى باج ٣ فقرة ١٢٦) . وانظر فى تكييف الشرط الجزائى مقالا للأستاذ سيرانوفاشيو (Seirano Facio) فى الطبيعة القانونية للشرط الجزائى فى القانون الفرنسى وفى القوانين اللاتينية الأمريكية (المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٤٩ ص ٣١٥) .

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — وقد يقترن بيع ملك الغير بشرط جزائى ، ولا يجيز المالك الحقيقى العقد فيبطل المشترى البيع ويتقاضى الشرط الجزائى . والسبب فى ذلك أن الشرط الجزائى هنا ليس تابعاً لالتزام باطل نشأ عن بيع ملك الغير ، وإلا كان الشرط الجزائى ذاته باطلا أيضاً ، وإنما هو تابع لالتزام نشأ عن مسئولية البائع لملك غيره ، وهى مسئولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائى (انظر آنفا فقرة ٤٧٧ فى الهامش . وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦) . وهذا بخلاف ما إذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائى ، فيكون الشرط الجزائى تابعاً للالتزام الناشىء من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بفسخه الشرط الجزائى ، وسيأتى بيان ذلك .

المدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانونا أو أن يتملك العين ، فني هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلى(١) .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائى أيضا أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلى ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائى ، سقط الالتزام الأصلى بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائى لأنه تابع له ،

---

(١) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « بطلان الالتزام الأصلى يستتبع بطلان الشرط الجزائى ، أما بطلان الشرط الجزائى فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلى » . وأنظر هيك ٧ فقرة ٣٦٨ – لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢— بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ — ديموج ٦ فقرة ٤٦١ — فقرة ٤٦٢ .

وجاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد : « إذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، كان الشرط الجزائى وهو التزام تبعى باطلا مثله. مثل ذلك أن يتعهد شخص بألا يطلق زوجته حتى لو خانت = =الأمانة الزوجية ، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض. هذا الشرط الجزائى باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام وللآداب (انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) ولكن للزوجة شرعاً أن تشترط على زوجها تطليق ضرتها ، كما لها أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، وإلا طلقت منه واستحقت تعويضاً ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أنه جائر وغير مقبول وغير متناسب بالمرة مع الضرر الذى سببه الطلاق (شبين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن إذا كان الشرط الجزائى باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلى باطلا ، لأن الشرط الجزائى التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلى . مثل ذلك أن يتعهد ممثل بألا يظهر على مسرح معين ، وإلا التزم بأن يعيش فى مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائى فى هذا الفرض باطل لمخالفته للنظام العام إذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلى صحيح ، فيبقى الممثل ملتزماً بألا يظهر على هذا المسرح المعين ، فإن فعل كان مسئولا عن التعويض ، وتولى القاضى تقديره . ويمكن فى هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائى والالتزام الشرطى . فلو حورنا المثل المتقدم وجعلناه التزاماً شرطياً ، بأن يتعهد الممثل فى الأصل أن يعيش فى مكان مقفل طول حياته إذا ظهر على مسرح معين ، فإن الالتزام الأصلى هنا يكون إقامة الممثل فى مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلى باطلا ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، فى هذا الفرض المحور وهو فرض الالتزام الشرطى ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين ، وهو ملزم بهذا الامتناع فى الفرض الآخر وهو فرض الشرط الجزائى . على أننا نرى أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطى أو بأنه شرط جزائى ينظر فيه إلى نية المتعاقدين ، ولا شىء يمنع القاضى ، حتى بعد التحوير المتقدم ، من تكييف الالتزام بأنه شرط جزائى » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٦) . قارب أيضاً أدى باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

ويطالب الدائن فى هذه الحالة بالتعويضات التى يقدرها القاضى وفقا للقواعد العامة التى تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدر فى الشرط الجزائى[١] .

٤٨٩ — تمييز الشرط الجزائى عما يشتبه به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائى على النحو الذى قدمناه أن هذا الشرط قد يشتبه بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتبه بالعربون وبالتهديد المالى ، فيجب تمييزه عما يشتبه به .

٤٩٠ — تمييز الشرط الجزائى عن العربون : إذا كانت دلالة العربون هى جواز العدول عن العقد ، فانه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع فى العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتبه العربون بالشرط الجزائى ، وقد يحمل على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد[٢] .

ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائى ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

(١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك فى مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائى فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أى ضرر ، أما الشرط الجزائى فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا[٣] .

---

(١) كذلك جميع الأوصاف التى تلحق الالتزام الأصلى ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية الشرط الجزائى ، فيصير هذا الشرط موصوفاً وصف الالتزام الأصلى (اوران ١٧ فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ — دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً — قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١) .

(٢) أنظر ديموج ٦ فقرة ٤٥٠ — وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز فى كل مشارطة ، سواء أكانت بيعاً أم معاوضة أم إجارة أم أى عقد آخر ، والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ — أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢ .

(٢) العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذى أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب ، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أى ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجزائى فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتى القول فى ذلك .

(٣) يمكن تكييف العربون بأنه البدل فى التزام بدلى . ففى البيع مع العربون مثلا ، يلتزم المشترى التزاماً أصلياً بدفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلى — دفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع — إلى محل بدلى هو دفع مبلغ العربون فى غير مقابل . أما الشرط الجزائى فتكييفه القانونى هو تكييف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخييرى ولا هو بالتزام بدلى . ومن ثم لا يكون المدين حراً — بخلاف المشترى فى المثل المتقدم — فى العدول عن تنفيذ التزامه الأصلى إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائى ، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلى إذا طلب إليه الدائن ذلك[1] .

وينبغى — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه ، لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً[2] » .

٤٩١ — تمييز الشرط الجزائى عن التهديد المالى : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالى والشرط الجزائى أن نميز بينهما من الوجوه الآتية :

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — وأنظر فى الفروق ما بين العربون والشرط الجزائى الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ وص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ — وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعاً تاماً منجزاً بشرط جزائى ، ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .

(١) فالتهديد المالى يحكم به القاضى ، أما الشرط الجزائى فيتفق عليه الدائن والمدين .

(٢) والتهديد المالى تحكمى لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائى فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

(٣) والتهديد المالى حكم وقتى تهديدى ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائى كما سبق القول . أما الشرط الجزائى فليس بوقتى ولا تهديدى ، وإنما هو اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائى للمبالغة فى التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالى فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقى ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائى .

(٤) وليس التهديد المالى إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى ، أما الشرط الجزائى فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العينى .

(٥) والتهديد المالى يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه . أما الشرط الجزائى فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، فاذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (forfaitaire) .

على أن الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائى يقدر التعويض عن التأخر فى التنفيذ . فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالى إذا ما حكم القاضى على مقاول تأخر فى تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً — يقرب من الغرامة التهديدية — عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل . فى الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر إنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفى الحالتين يخفض القاضى هذا المبلغ المقدر : فى الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائى ، وفى الشرط الجزائى عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى. ولكن الذى يميز بين الوضعين فى مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية

حكم يصدر من القاضى ، أما الشرط الجزائى فاتفاق يتم مقدماً بين الطرفين(١).

الفرع الثانى

ما يترتب على الشرط الجزائى من الأثر

٤٩٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

---

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائى :

من ذلك الشرط الذى يضع حداً أقصى لمقدار المسئولية (clause de maximum) ، فقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمقدار مسئولية المدين لاتصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلا ألا تجاوز مسئوليتها مبلغاً معيناً فى ضياع « طرد » أو رسالة ، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ ، وإن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلى . أما فى الشرط الجزائى ، فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدر ، حتى لو كان الضرر أقل ، إلا إذا تبين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (انظر فى هذه المسألة ديموج ٦ فقرة ٤٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠) .

ومن ذلك مايتفق عليه المتعاقدان من شروط لتحديد الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المقاول مع رب العمل على ميعاد معين إذا سلم العمل قبله زيد فى أجره بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجره بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديداً للأجر لا شرطاً جزائياً (ديموج ٦ فقرة ٤٤٦) . وإذا اشترط فى عقد إيجار الأطيان أنه « فى حالة زراعة القطن مكرراً يزاد الإيجار المستحق بما يوازى الإيجار الأصلى عن القدر الذى يزرع قطناً مكرراً » ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفته عقد الإيجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر فى حالة معينة ، وهى تكرار زراعة القطن فى الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متواليتين ، ثم أعطته على هذا لاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لعقد الإيجار ، فلا تقبل المناقشة فى ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذى أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . وإذا رضى الدائن أن ينزل عن جزء من الدين إذا واظب المدين على دفع الأقساط فى مواعيدها المعينة ، فإن اتفاقه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقاً على شرط جزائى (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩).

=

« ٢ — ويجوز للقاضى أن يخفض هـذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » .

« ٣ — ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتى :

« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاق ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما »[1].

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٢٣/١٨١[2] .

= وقد يلتبس الشرط الجزائى بالصلح وبالتجديد ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وليس يبقى بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائى وبين ما قد يشتبه به من أوضاع . فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أداؤه مقدماً قبل استحقاقه ، سواء أدرج فى صلب العقد أو ذكر فى اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً ، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وإما للاستعاضة عنه بدين جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » الواردة فى الفقرة الثانية ، فقد كانت فى المشروع التمهيدى : « أن التقدير كان فادحاً » . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى وأصبح رقمه المادة ٢٣١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » بعبارة « أن التقدير كان فادحاً » ، لأن كلمة « فادحاً » تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإفصاح عن المقصود ، وأصبح رقم المـادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ — ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ وص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . (هذا والتضمين المصرح به فى القانون — كما ورد فى النص — هو فوائد التأخر عن الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو لا يدخل فى الشرط الجزائى) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٢٥ — ٢٢٦ ، وفى التقنين المدنى العراق المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفى التقنين المدنى الليبي المادتين ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧[1] .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٢٥ — ٢٢٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراق م ١٧٠ (فقرة ٢ و ٣) (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى فيما عدا كلمة « فادحا » بدلا من عبارة « مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ») .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٧ — ٢٢٨ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٦ (فقرة ٢و٣) : ولقد وضع البند الجزائى لتعويض الدائن من الأضرار التى تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً ، إلا إذا كان البند الجزائى قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء . ويحق للقاضى أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة . وللقاضى أن ينقص البدل المعين فى البند الجزائى إذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصلى . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

م ٢٦٧ : إن البند الجزائى صحيح معمول به وإن كان موازياً فى الواقع لبند ناف للتبعة . وإنما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون . (وهذا الحكم معمول به دون نص فى التقنين المدنى المصرى) .

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، مع أنه نص على تخفيض الشرط الجزائى (فى صورة غرامة الإكراه) إذا وجده القاضى فاحشاً . ويقول الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد ما يأتى : « إما بخصوص الضرر ، فإن قانون الموجبات اللبنانى لم يذكر شيئاً عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر فى ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الغرفة الأولى من محكمة استئناف بيروت الصادر فى ١٩ أيار سنة ١٩٥٣عدد ٦٧٢ النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣ ص ٥٣٧) سار وفاقاً للاجتهاد الفرنسى على إعفاء الدائن من إثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مقدماً هى تحديد التعويض بوجه مقطوع قاطع للنزاع ، ومانع مبدئياً من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان » . هذا ويصعب التوفيق ، فى تقنين كالتقنين اللبنانى يبيح للقاضى تخفيض الشرط الجزائى (ولو فى صورة غرامة الإكراه) إذا وجده فاحشاً ، بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، فإنه إذا جاز تخفيض الشرط الجزائى حتى يجعل متناسباً مع الضرر ، فأولى ألا يستحق أصلا إذا كان الضرر غير موجود . والقضاء الفرنسى لايقع فى هذا التعارض، فهو لايشترط إثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى ، ولكنه فى الوقت ذاته لايجيز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسباً مع الضرر .

ونرى من نصوص التقنين المدنى المصرى سالفة الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائى على النحو الذى بسطناه ، وأصبح مستحقاً ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فانه تعويض مقدر ارتضاه مقدماً ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه . ولكن الشرط الجزائى لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وقد مر القول فى ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائى — كما تقول المادتان ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدنى — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى تجوز زيادته .

المبحث الأول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائى

٤٩٣ — حالتاه : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه يجوز للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى فى حالتين : (أولاهما) إذا نفذ المدين الالتزام الأصلى فى جزء منه . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصلى فى جزء منه : يوضع الشرط الجزائى عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا ، فاذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضى يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ المدين من التزامه [1] . ويعتبر الأساس هو المبلغ

(١) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .

ويتفق فى هذا الحكم كل من التقنين المدنى الجديد بنص صريح ، والتقنين المدنى السابق بالتطبيق للقواعد العامة ، والتقنين المدنى الفرنسى إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على أن « الشرط الجزائى يجوز للقاضى تعديله إذا نفذ الالتزام الأصلى فى جزء منه » . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم أنظر : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ .

المقدر فى الشرط الجزائى ، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التى تتفق مع الجزء الباقى دون تنفيذ من الالتزام الأصلى (١) . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئى على المدين .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائى إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلى تنفيذاً سليماً ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذاً معيباً . وفى هذه الحالة يستحق الشرط الجزائى كله إذا كان هناك عيب فى التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين (٢) . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائى ، كتعويض عنه ، مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى إلى الحد المناسب كما سنرى (٣) .

٤٩٥ — تقدير التعويض فى الشرط الجزائى مبالغ فيه إلى درجة كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا ، أو تأخر فى التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر فى الشرط الجزائى ، فلا يوجد إذن سبب خارجى لتخفيض الشرط الجزائى كما كان الأمر فى حالة التنفيذ الجزئى التى سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائى ؟

رأينا أن التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٢) يقضى بأنه « إذا ذكر فى الاتفاق أن الطرف الذى يقصر فى تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ،

---

(١) ويطبق القضاء المصرى هذا الحكم على الشرط الجزائى القاضى ، عند تأخر المدين فى دفع الأقساط المستحقة ، بفسخ العقد وباعتبار ما سبق دفعه من الأقساط حقاً للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائى (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائى إنما اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئى لا لعدم التنفيذ الكلى ، وأن التخفيض إنما يجوز فى هذه الحالة إذا كان الشرط الجزائى يصبح مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

(٢) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ولكن إذا وضع الشرط الجزائى لتأخر المدين فى التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذى موضوع إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٣) أما فى القانون الفرنسى فلا يجوز التخفيض حتى فى هذه الحالة (قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ — ديموج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل » . وقد طبق القضاء الفرنسى هذا النص تطبيقاً دقيقاً ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى أياً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسى هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائى إنما هى قطع السبيل على المدين فى المحاجة والجدل فى مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدماً مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه . وقد قدمنا أن القضاء الفرنسى يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط فى استحقاق الشرط الجزائى إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائى يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلا ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك [١] . وغنى عن البيان أن الالتزام الأصلى إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائى خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذى يسمح به القانون ، فأنه يجب فى هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائى وإنزال الفوائد إلى الحد المسموح به [٢] .

وفى عهد التقنين المدنى المصرى السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً ، كالقضاء الفرنسى ، إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائى ولو بدا أن التقدير المتفق عليه فى هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة [٣] ، وقد كان نص التقنين السابق صريحاً فى هذا المعنى كنص التقنين الفرنسى ، فقد رأينا أن المادة ١٨١/١٢٣

---

(١) وقد كان القانون الفرنسى القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائى (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدنى الفرنسى عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين فى مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسى القديم ، ولم يجز التخفيض حتى يجعل الشرط الجزائى يحقق الغرض المتوخى منه (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق فى مصر وفى فرنسا على حد سواء (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ — اوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٣ — جوسران ٢ فقرة ٦٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٩ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — ومع ذلك انظر العكس : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .

كانت تقضى بأنه «إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر» . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأى مذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة(١) . أما القضاءالوطنى فانه، بعد تردد وتضارب فى الأحكام، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائى إذا اتضح أن تقدير التعويض فى هذا الشرط كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدنى الوطنى(٢) .

---

(١) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ – استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٢) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطنى تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة فى وجوب القضاء بالشرط الجزائى على وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهلى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبرسنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم٧ ص ١٣) — وتقضى أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائى المنصوص عنه فى العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتفت إليه ، وأن ترجع فى تقدير الضرر ، إن وجد ، إلى القواعد العامة (استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضى أن مقدار الشرط الجزائى جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذى حصل فعلا للمتعهد إليه، وبعبارة أخرى إذا تبين له أن الشرط الجزائى إنما هو فى الواقع ونفس الأمر شرط تهديدى ليس إلا — وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها — فإن له فى مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ — انظر أيضاً : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨) . وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر حكمان بعد ذلك من محكمة استئناف مصر فى يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح الشرط الجزائى لفائدتين : الأولى إقفال باب المنازعة فى أهمية الضرر ، والثانية إعفاء الدائن من إثبات تحقق الضرر . فاتفاق الطرفين على التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة يتضمن إقراراً بالضرر ، ويجب الأخذ بما تدون فى الاتفاق لأنه ارتباط قانونى له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون فى بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥)، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض فى العقد فى حالة عدم تنفيذ =

وقد جاء التقنين المدنى الجديد مقنناً للقضاء الوطنى فى هذه المسألة ، فعدل من نص المادة ١٨١/١٢٣ من التقنين المدنى السابق بأن نص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة »[1]. والتقنين المدنى الجديد ، فى هذا الحكم الذى أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائى إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، لا يقنن القضاء الوطنى فحسب ، بل هو أيضاً يجارى نزعات التقنينات الحديثة ، فان التقنين المدنى الألمانى (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدنى الإيطالى الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائى نقصاً أو زيادة . وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائى ، إذا كان مبالغاً فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا إليها وجعلا الشرط الجزائى شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه . ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائى المبالغ فيه ينطوى فى الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن

= المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتما ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه ، لأنه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض إلا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه واعتبارها مقطوعاً بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة الدائن بإثبات حصول الضرر ولا قيامه هو بإثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة فى مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٦٠ — وانظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمة النقض أيدت قضاء الدوائر المجتمعة فى حكم لها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد ، ولكن عن وقائع حدثت قبله ، إذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائى المتفق عليه بالعقد ، وقدرت التعويض الذى طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التى استمدتها من واقع الأوراق المقدمة فى الدعوى ، ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذى لحق المطعون عليها ، فإن هذا الذى أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله فى سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦ . وانظر أيضا : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً فى موقف كل من القضاء الفرنسى والقضاء المختلط والقضاء الوطنى : فالقضاء الفرنسى لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى بل ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطنى يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائى فى وقت واحد (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

على المدين ، فيكون باطلا ، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة فى تقدير التعويض بواسطة القاضى[1] . ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائى لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق، فهو ليس سبباً فى استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فاذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذى وقع لم يكن بالمقدار الذى ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هـذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فان الأمر لا يخلو عندئذ من غلط فى التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف به[2]، وفى الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائى إلى الحد الذى يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائى ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذى وقع ، لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة .

(أولا) إن وجود الشرط الجزائى يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضاً لا يكلف الدائن باثباته . فاذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات .

(ثانياً) إن وجود الشرط الجزائى يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد فى هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذى وقع . فاذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات[3] .

---

(١) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الاشارة إلى هذا الحكم .

(٢) ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدين ، إما تحت تأثير الضغط وإما لإعتقاده أنه سيقوم حتما بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائى عليه ، فقبوله للشرط الجزائى يكون إذن عن إكراه أو عن اندفاع وتسرع .

(٣) ويترك الأمر لتقديرقاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجىء « هو أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئات للخطر ، فضلا عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهن والمحافظة على سلامتهن » ، ثم رأت أن التعويض المشروط فى عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

(ثالثاً) ولا يكفى أن يثبت المدين أن التقدير الوارد فى الشرط الجزائى يزيد على مقدار الضرر الذى وقع فعلا . فما لم يثبت أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فان القاضى لا يخفض الشرط الجزائى حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضى الشرط الجزائى ، فان التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً للضرر(١) ، ومن ثم إذا وجد القاضى أمامه شرطاً جزائياً سخياً فى التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضى التقديرية فى حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالباً فى التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها .

٤٩٦ – هذه الأحكام تعتبر من النظام العام : والأحكام التى قدمناها – وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائى وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئى أو للمبالغة فى التقدير – تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ».

ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائى أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضى بالرغم من وجوده ألا يحكم بأى تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . فالقانون هنا يحمى المدين ، ويعتبر أن رضاءه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

---

(١) وقد رأينا فى تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً » ، فعدلت هذه العبارة فى لجنة مجلس الشيوخ إلى العبارة التى استقرت فى التقنين الجديد : « إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » (انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ فى الهامش) . ولا يستفاد من هذا التعديل أنه يكفى أن يكون التقدير أزيد من الضرر الحقيقى ، بل يجب أن يكون أزيد بكثير من هذا الضرر ، وإن لم يكن من الضرورى أن يصل إلى درجة الفداحة والإرهاق .

المبحث الثاني

متى تجوز زيادة الشرط الجزائى

٤٩٧ — حالتاه : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضى بجواز زيادة الشرط الجزائى إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما. كذلك لا يجوز — تطبيقاً للقواعد العامة — أن يجعل المدين من الشرط الجزائى تكئة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقى للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائى [1] .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

٤٩٨ — زيادة الضرر على التعويض المقدر وقد ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما : إذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقدر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فان القاضى مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو. ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على إعفاء المدين

---

(١) وإذا اشترط الدائن ، إلى جانب الشرط الجزائى ، تعويضاً من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين إذا لم يسلم له كذا قنطاراً من القطن مثلا وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التنفيذ والثمن الذى اشترى به الدائن هذا القطن مع حساب المدين ، وهذا بالإضافة إلى شرط جزائى مقدر ، لم يجز للدائن أن يجمع بين التعويضين ، ولكن له أن يختار أحدهما (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ — ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . على أنه يجوز الجمع بين التعويضين إذا كان كل تعويض يؤسس على ضرر غير الضرر الذى يؤسس عليه التعويض الآخر (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) .

من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم [١] .

ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قدارتكب غشاً أو خطأ جسيما ، فان الشرط الجزائى الذى جاز أن يخفف من مسئولية المدين فى حالة الخطأ العادى لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . وينبنى على ذلك أن القاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذى وقع ، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر فى الشرط الجزائى ، فان الدائن فى اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، ولا ينبغى أن يحسب هذا الحساب [٢] .

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . وينبنى على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائى يقدر

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع إلى القاعدة العامة ، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . انظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « أن البند الجزائى صحيح معمول به ، وإن كان موازياً فى الواقع لبند ناف للتبعة ، وإنما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون » .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائى يكون تطبيقه على الحالة التى نظر إليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائى المتفق عليه فى حالة التأخر لا يسرى على حالة عدم التنفيذ ، فان لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقاً لمبادىء القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ — المنصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغنى عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائى أنه غير قابل للزيادة حتى فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فان هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام ، ولا حاجة إلى نص خاص بهذه الحالة كالنص الذى سبق ذكره فى أحوال تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فأن نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كاف فى ذلك .

التعويض الذى يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه، ولا يجوز للقاضى زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه. ذلك أن الشرط الجزائى فى هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قدمنا.

٤٩٩ — الشرط الجزائى تحايل على الإعفاء من المسئولية إعفاء يتعارض مع النظام العام: وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع ». ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام.

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر، بأن يتفقا على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئوليته التقصيرية[1]. ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى، متوخياً فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض[2].

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤.

(٢) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢.

الفصل الثالث

التعويض القانونى أو الفوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ — **قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض** : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضى بتقدير التعويض وفقاً للقواعد التى بسطناها فيما تقدم. وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدماً فى شرط جزائى على النحو الذى سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذى يتكفل فى نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض، فهذا أمر ينبغى عدم الإقدام عليه إلا فى حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الإجراء ، ويكون فى هذا المبرر القوى ما يكافىء الضرر الذى ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، فى حالات متنوعة قد تختلف ظروفها ، وقد يتفاوت الضرر الذى يقع فى كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً فى النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التى حددها القانون فى شأن إصابات العمل . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠[1] (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى هذا القانون بحسب جسامة الإصابة ، ولا يعفى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود

---

(١) وفى فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ الذى يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن إصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت جسامة الإصابة (انظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) .

من جانب العامل (١) . ومن هذه الحالات أيضا القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ، وهو يلحق أمراض المهنة باصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه . ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) . ويلاحظ أن المبرر القوى فى هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسئولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risque) ، والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير فى طريقه إلى النهاية ، وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية ، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر ، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله ، وذلك حتى لا يثقل عبء المسئولية كاهل

(١) وبالمثل إذا أثبت العامل خطأ جسيما فى جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذى أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر فى القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل إعفاء كلياً أو جزئياً من مسئوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوى فى تطبيق قانون إصابات العمل أن تنشأ الإصابة عن آلات العمل وأدواته أو تنشأ عن شىء آخر ، مادام العامل قد أصيب بسبب العمل وفى أثنـاء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون إصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض عن إصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لأى من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التى تنشأ عن آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذى قرره غير صحيح فى القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذى نشأ عنه الحادث فاحشاً ، فإنه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، دون تقيد باللجوء إلى قانون إصابات العمل ، وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . وإذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ فى فهم قانون إصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن النعى عليه بهذا الفهم الخاطىء يكون غير منتج ، متى كان قد أقام قضاءه على دعامة يستقيم بها ، وهى وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

من يحملها وهو إنما يساءل عن أحداث لا يد له فيها وحمله القانون مع ذلك تبعتها [١] .

٥٠١ — التعويض القانونى عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود :
وأهم حالة عمد فيها المشروع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض فى نصوص تشريعية هى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التعويض الذى يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام ـ سواء كان تعويضا عن التأخر فى دفعه أو كان تعويضا عن الانتفاع برأس المال [٢] ـ تحدده النصوص التشريعية فى صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب فى ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا فى مصر فحسب ، ولا فى البلاد الإسلامية وحدها ، بل فى أكثر تشريعات العالم ، فالربا مكروه فى كل البلاد وفى جميع العصور . ومن ثم لجأ المشرع إلى تحديده للتخفف من رزاياه ، وهذا هو المبرر القوى الذى حمل القانون فى هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض تحديدا قانونيا فى نصوص تشريعية [٣] .

وسنرى فيما يلى كيف كره المشرع المصرى الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعرا قانونيا وسعرا اتفاقيا ، وكيف تشدد فى مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لا من وقت الإعذار بل من وقت المطالبة القضائية ، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائداً على السعر المقرر ، وكيف أعفى المدين فى حالات معينة من دفع الفوائد حتى فى الحدود التى قررها ، وكيف منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وكيف وقف بمجموع

---

(١) انظر أيضاً التعويضات المقدرة فى قانون العمل الفردى .

(٢) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العينى يكون دائماً مستطاعا ، وقد مر القول فى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ فى الهامش) .

(٣) ثم ان النقود يمكن عادة استغلالها بسعر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع أن يقرر سعراً للفائدة القانونيــة وحداً أقصى للفائدة الاتفاقية (انظر فقرة ٥٠٨ فيما يلى) .

الفوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن تجاوز رأس المال [1] . فى هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا ، وعلى الرغبة فى التضييق منه حتى لا يستفحل فيرهق المدين ، وقد يؤذنه بالإفلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولا) شروط استحقاق الفوائد . (ثانياً) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

الفرع الاول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة . فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

(١) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم فى كراهية الربا : فنزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة فى التقنين القديم ، ومنع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وكان ذلك جائزاً ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعفى المدين فى بعض حالات من دفع الفوائد حتى فى الحدود التى قررها ولم يعرف التقنين القديم هذا الإعفاء .

٢» — وكل عمولة أو منفعة ، أياكان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولامنفعة مشروعة» .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتى :

«لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخر»[١] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » فقد ورد بدلا منها فى المشروع التمهيدى عبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » . وقد أقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى ، وأصبح رقمه المادة ٢٣٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء فى تخفيض سعر الفائدة، ثم استبقى السعر كما ورد فى المشروع . واقترح حذف عبارة « كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » حتى تستحق الفوائد على المبالغ التى تتم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوماً وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشروع مثلا (!) . ويستند الاقتراح إلى أن القيد ينافى قاعدة أن الأحكام مقررة للحق ... وفيه حماية للمماطل وانتقاص لحق الدائن ... ولا يوجد له نظير فى التشريع المقارن المشار إليه فى المذكرة الإيضاحية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . والاستناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررة غير وارد ، إذ يدخل التعويض القانونى عن التأخير فى تقدير التعويض القضائى فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد فى هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتى : « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » ، لأن العبرة فى تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ وص ٥٧٨ — ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدى مقتصراً على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفى لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن » الواردة فى الفقرة الثانية بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن »، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤-١٢٥/١٨٢-١٨٥[1] .

= على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٨٢ وص ٥٨٤ – ص ٥٨٦) .

م ٢٢٨ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .

(١) كانت المادة ١٢٤/١٨٢—١٨٤ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم ، فتكون فوائده مستحقه من يوم المطالبة الرسمية فقط إذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكون الفوائد باعتبار خمسة فى المائة سنوياً فى المواد المدنية وستة فى المائة فى المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك » . وكانت المادة ١٢٥/١٨٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز مطلقاً أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية فى المائة سنوياً . ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة فى المائة بمرسوم ، وفى هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد إلا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المخفض إلى أصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون إلى الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أياكان نوعها اشترطها المقرض ، إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقترض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

وكان التقنين المدنى السابق فى مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧٪ فى المواد المدنية و٩٪ فى المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر إلى ٥٪ و٧٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . وبقى هذا الأمر العالى معمولا به إلى أن صدر مرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥٪ و٦٪ . ثم نزل السعر فى التقنين الجديد ، كما رأينا ، إلى ٤٪ و٥٪ .

وكان سعر الفائدة الاتفاقية فى مبدأ الأمر ، فى التقنين المدنى السابق ، ١٢٪ . ثم عدل بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ إلى ٩٪ ، دون أن يلاحظ فى هذا التعديل أن يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٤٧٨/٥٨٢ ، فبقيت هذه المادة تنص على أن الفائدة الاتفاقية فى عارية الاستهلاك لا يجوز أن تزيد على ١٢٪ . ثم صدر المرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقى للفائدة ٨٪ ويجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧٪ . وعدلت المادة ٤٧٨/٥٨٢ فى هذه المناسبة ، فأصبحت متمشية مع المادة ١٢٥/١٨٥ . وأضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتى : « لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار إليه فى المادة ١٢٥/١٨٥ » : أى المرسوم الذى يصدر مخفضاً الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية من ٨٪ إلى ٧٪ ثم قد يصدر بعد ذلك معيداً له إلى ٨٪ . ثم خفض التقنين الجديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية إلى ٧٪ كما رأينا .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٢٧–٢٢٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٧١–١٧٣ فقرة أولى و ١٧٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٢٩–٢٣١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٦٥ فقرة أولى و ٧٦٧[1] .

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : (١) فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود . (٢) وفوائد تعويضية للتعويض

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٢٧ — ٢٢٩ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المصرى ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاق فى التقنين السورى هو ٩٪ .

التقنين المدنى العراقى م ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراقى تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام ، وأن المادة ١٧٢ فقرة أولى عراقى أسقطت عبارة : « سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ») .

م ١٧٦ : فى حساب الفوائد يكون التقويم الشمسى هو المعتمد . (وهذا يطابق الحكم فى القانون المصرى ، ويؤكد المادة ٩ من التقنين المدنى العراقى : انظر فى عدم ضرورتها الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٧٢ ص ٦٧) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٩ — ٢٣١ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاق فى التقنين الليبى هو ١٠٪) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٥ فقرة أولى : إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، فأن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانونى ، ما لم يكن ثمة نص مخالف فى العقد أو فى القانون . (ملاحظة : جعل قانون المرابحة العثمانى الصادر فى ٩ رجب سنة ١٣٠٤ — ٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ — وهو المعمول به فى لبنان ، سعر الفائدة القانونية فى المسائل المدنية ٩٪ . وجعل قانون التجارة اللبنانى هذا السعر فى المسائل التجارية ٩٪ أيضاً) .

م ٧٦٧ : إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يعينا معدلها ، وجب على المقترض أن يدفع الفائدة القانونية . وفى المواد المدنية يجب أن يعين خطاً معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً على الفائدة القانونية . وإذا لم يعين خطاً فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانونى .

(ملاحظة — يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبنانى أن هذا التقنين لا يشترط حداً أقصى للسعر الاتفاقى ، ولكن انظر فى القيود التى ترد على الفائدة الاتفاقية فى لبنان الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٢٩ — ص ٣٠ — وفى لبنان يكفى الإنذار الخطى لسريان الفوائد : الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٣٤) .

عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق فى دائرتها الفوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تعويضية . فنبدأ بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

§ ١ — الشروط التى تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ — **تحديد هذه المنطقة** : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التى تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدنى فى صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب إذن أن يكون هناك : (١) التزام بدفع مبلغ من النقود (٢) وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ — **التزام بدفع مبلغ من النقود** : أى التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل فى منطقة استحقاق الفوائد . فالعبرة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة .

ولا عبرة بمصدر الالتزام ، فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقترض برد النقود التى اقترضها ، والتزام المشترى بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والتزام الشريك بتقديم حصته فى الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد ، كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق نقوداً ، والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبلغاً من النقود كما هى العادة [(١)] .

---

(١) قارن دى باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب إلى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتداء (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار أن التعويض هنا — وهو مبلغ من النقود — ليس إلا تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام أصلى هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، وليس تنفيذاً عينياً لهذا الالتزام . فالنقود إذن ليست محل الالتزام إبتداء (انظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥) . وإذا كان صحيحاً أن النقود ، فى التعويض =

٥٠٥ — معلوم المقدار عند الطلب : والالتزام بدفع مبلغ من النقود إما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، وأما إلا يكون معلوم المقدار إلا وقت المطالبة به . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئاً عن عمل غير مشروع ، واقترح فى لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط ، « ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام « معلوم المقدار وقت الطلب »(١) . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع . ذلك أن الدائن يقدر حتماً عند المطالبة المبلغ الذى يطالب به ، سواء فى ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، ويخضع تقديره فى جميع الأحوال لحكم القاضى . لذلك لم يعد لاشتراط «معلومية المقدار عند الطلب » أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفياً لهذا الشرط ، وما دام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذى أريد بوضع الشرط إخراجه ، هو أيضاً التزام « معلوم المقدار عند الطلب » .

= عن عمل غير مشروع ، ليست إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام أصلى ، إلا أن هناك التزاماً آخر أنشأه القانون جزاء لهذا الالتزام الأصلى ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، إذا قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله إبتداء هو النقود . فهناك إذن التزامان : (١) التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيطة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة إلى هذا الالتزام ليست إلا تنفيذاً بمقابل . (٢) التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشىء جزاء للالتزام الأول ، ومحل هذا الالتزام الثانى ابتداء هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر دى باج فيبدو أنه لا يوجد إلا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، والمحل الأصلى لهذا الالتزام هو اتخاذ هذه الحيطة ، فإذا ما أخل المدين بالتزامه تبدل المحل وأصبح تعويضاً أى مبلغاً من النقود ، فيتغير محل الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . وسنعود إلى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما يلى :

(١) انظر آنفاً — فى تاريخ نص المادة ٢٢٦ — فقرة ٥٠٢ فى الهامش . وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٩ — ص ٥٨٠ .

ثم إنه لا ضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فى منطقة استحقاق الفوائد ، لأن الذى يقع هو « أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلى الناشىء عن خطأ المسئول ، والضرر الناشىء عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين فى مبلغ واحد . . . ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة [١]. وقد يطلب المضرور فى الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلى ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير [٢] » .

وجملة القول إنه لا حاجة لقيد « معلومية المقدار وقت الطلب » ، فهو إما قيد صورى ، وإما قيد غير ضرورى . وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود ، أياً كان مصدر هذا الالتزام [٣].

---

(١) قارن الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٨٩ ، حيث يذهب ، فى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، إلى أنه « إذا صدر حكم القاضى بتحديد المبلغ الذى على المدين أداؤه ، فإن الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضى دون حاجة إلى مطالبة قضائية جديدة أو إنذار ، تطبيقاً للمادة ٢٢٠/ب » .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣٨ ص ٩٦٣ وهامش رقم ١ — انظر أيضاً فى استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — ١٤ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفى جواز أن يضيف القاضى إلى التعويض الأصلى تعويضاً تكميلياً عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ — ١٤ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ . ومع ذلك انظر فى أن التعويض عن حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث إذا رأى القاضى أن هذا ما يقتضيه التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفى أن القاضى يقدر فى بعض الحالات تعويضاً كافياً لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث إلى وقت الحكم : استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

(٣) وفى قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت أتربة لهذا الغرض من أرض المطعون عليها ، فرفعت هذه قضية على الحكومة وطالبتها بتعويض =

والفوائد التى تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هى ، كما قدمنا ، إما فوائد تأخيرية وإما فوائد تعويضية . فننتقل الآن إلى بيان شروط الاستحقاق فى كل نوع من هذين .

= قدرته بمبلغ معين وأضافت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسعر ٥ ٪ . فحكم لها بذلك، ابتدائياً واستئنافياً . فطعنت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض فى أسباب حكمها : « ومن حيث إن الطعن مبنى على سبب واحد ، يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون ... وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدنى أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلا للقضاء بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير فى الوفاء به ، ولا يكون كذلك إلا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذى يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها فى أحقيتها للمبلغ المطالب به كما نازعها فى مقداره إن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشىء ، ولم تكن الطاعنة تعلم إلى أن صدر الحكم النهائى مبلغ ما يتعين عليها دفعه ، والحكم هنا منشىء لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضى به القانون ... ومن حيث إن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ١٢٤ مدنى (قديم) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق فى ذمة المدعى عليها (الطاعنة) وإن اختلف فى تقديره ، إلا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعى عليها مشغولة به منذ مطالبتها رسمياً ، لأن الأحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها . وهذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدى بنص المادة ٢٢٦ مدنى جديد لأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعى فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن » (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يكفى محكمة النقض — فى رأينا — أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطىء . إذ هو لم يخطىء فعلا لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . وما دامت المدعية قد حددت التعويض الذى تطالب به مبلغاً معيناً من النقود ، فقد صار الالتزام الذى تطالب به التزاماً بدفع مبلغ من النقود « معلوم المقدار عند الطلب » ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائد تأخيرية عن هذا المبلغ تسرى من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضى لها به ابتدائياً واستئنافياً .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأى الذى نذهب إليه ، فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بل أخذ غير المستحق . فقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائى بردها ، فيكون حكمها حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع (الذى لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدنى) — هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى ، مما يغنى المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن =

§ ٢ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ — شروط المسئولية عن التأخير فى دفع مبلغ من النقود — كيف تحورت : حتى تتحقق مسئولية المدين بوجه عام، وفقاً للقواعد العامة، يجب أن يكون هناك خطأ فى جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً، إعذار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسئولية المدين عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه فى الأصل.

أما خطأ المدين فى التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر فى ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود فى ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner) . فمجرد التأخر فى الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شىء غير ذلك . ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر فى الوفاء (١) .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدنى تنص على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس

= المطعون عليه قد حدد فى عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذى طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشىء عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذى تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشىء عن أخذ غير المستحق . فنى كليهما يحدد المدعى فى عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذى يطالب به المدعى عليه ، «وليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه مايصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب» .

(١) قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٨ حيث يبدو أن الخطأ يختلط بعلاقة السببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية بمجرد التأخر فى تنفيذه يكون خطأ .

أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النقود الذى فى ذمته يحدث ضرراً للدائن . فلا الدائن فى حاجة إلى إثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفى وقوعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره فى الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضاً – كالضرر – مفروضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس[1]. والسبب فى افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذى لم يستوف المبلغ من النقود الذى له فى ذمة مدينه فى الميعاد الواجب يكون حتما فى أحد موقفين . فاما أن يكون فى حاجة إلى هذه النقود ، فهو إذن مضطر أن يقترضها متربصاً فى سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين هى الفوائد التى يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . وإما أن يكون فى غير حاجة إلى النقود ، ولكن النقود يمكن عادة استغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه فى الميعاد لكان فى مكنة الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التى يتقاضاها عادة فى استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لاحاجة إلى استبقاء هذين الشرطين – الضرر وعلاقة السببية – ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر فى الوفاء بالمبلغ من النقود ، ما دام القانون يفترض تحققهما افتراضا لايقبل فيه إثبات العكس.

أما إعذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحور هنا أيضاً ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحورت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر فى دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر فى شرطين اثنين لابد من توافرهما

---

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ — استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريللى م ١٨٢ فقرة ٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣ فقرة ٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٧) .

لاستحقاق الفوائد التأخيرية : (١) تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه (٢) مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

٥٠٧ — تأخر المدين فى الوفاء بالتزام : يكفى أن يتأخر المدين فى الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذى يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى بينه القانون وسيأتى ذكره . ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد . ويسمى سعر الفائدة فى هذه الحالة بالسعر الاتفاقى (taux conventionnel d'intérêts) . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية فى غير العقد الذى أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل فى خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد. فاذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فان السعر الذى يسرى فى هذه الحالة هو السعر القانونى (taux légal d'intérêts) ، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتى ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية ، وهى فى الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires) .

وهذه الفوائد التأخيرية إنما هى « على سبيل التعويض عن التأخر » كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهى تعوض الضرر الذى يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . أما إذا أثبت الدائن أن هناك ضرراً لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلى بالشروط التى سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدنى) .

وقد يلحق الدائن ضرر ، كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبى نزل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع الفعلى . ويقضى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا قانوناً فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة

قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا، فانه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ماخسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فان ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب[١] . ولكنها قضت فى أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط، ووجب الدفع بهذه العملة[٢] . فاذا صح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت فى خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فان الضرر الذى أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضرراً راجعاً إلى سبب مستقل عن التأخر فى الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب عنه بتعويض تكميلى إلا إذا أثبت أنه ضرر تسبب فيه المدين بسوء نية ، وذلك وفقاً لحكم المادة ٢٣١ مدنى التى سيأتى ذكرها[٣] .

على أن القانون قد ينص فى حالات خاصة على دفع تعويض تكميلى بالإضافة إلى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك مانصت عليه المادة ٥١٠ مدنى من أنه « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء[٤] » .

---

(١) ٣١ مارس سنه ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ .

(٢) ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ — ٤ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ — انظر فى هذه المسألة الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ وهامش رقم ١ .

(٣) وذلك إلا إذا قيل أن الدائن يستوفى حقه بقيمة العملة الأجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء الفعلى — انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفى القانون البلجيكى دى باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٤) انظر فى هذا المعنى المادة ٤٢٦/٥١٨—٥١٩ من التقنين المدنى السابق والمادة ١٨٤٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر : استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٠— ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وانظر أيضاً المادة ١٨٠ من التقنين التجارى (المواد ١٦٣—١٦٥ تجارى فرنسى) فى كمبيالة الرجوع ، وهى كمبيالة جديدة يسحبها حامل الكمبيالة الأصلية على ساحبها أو أحد المحيلين ليحصل بها على قيمة تلك الكمبيالة الأصلية المعمول عنها البروتستو والفوائد وكذلك المصاريف . وانظر فى التعويضات عن فسخ البيع بسبب استحقاق المبيع =

٥٠٨ — مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية : والشرط الثاني لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن المدين بهذه الفوائد مطالبة

= وعدم التقيد بالفوائد القانونية في هذه الحالة نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد قضت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدني الفرنسي برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن وبتعويض فوق ذلك (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٩ — فقرة ٥٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدني المصري فتقضي بأن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (انظر في التقنين المدني السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦).

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لا يحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولا لها . فلو تأخر ممول في الوفاء بالضريبة دفعها دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغاً أكبر من الضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائداً دون فوائد تأخيرية . والسبب في ذلك أن الدولة في حساباتها وميزانيتها تخضع لنظم غير النظم التي تخضع لها الأفراد (انظر في هذه المسألة بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٩ — فقرة ٥١٠ — ديموج ٦ فقرة ٣٧٣) .

أما في مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للممولين . وقد أخذت محكمة النقض بعكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، إذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعفي مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها عن المبالغ المحكوم عليها بردها لتحصيلها من الممولين بغير حق ، لا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة في تحصيلها الضرائب من الممولين إنما تباشر سلطة عامة مقررة لها بمقتضى القانون ، وتطبق نصوصاً من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أوراد واجبة التنفيذ ، وأنه لا يترتب على رفع الدعوى بها من المصلحة أو من الممول إيقاف استحقاقها إلا إذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسري عليها أحكام القانون المدني ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهي لا تجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية — ذلك بأن هذه الحجة مردودة بأن النصوص المشار إليها لا تعفي مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضي عليها برده للممول تعويضاً له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذ منه بغير حق من تاريخ رفع دعواه حتى يوفى له حقه كاملا. ولا عبرة في هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت للمحكمة أنها حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها في هذا الشأن لا يختلف عن أي مدين... أما التحدي بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ التي تنص بعد تعديلها على عدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للممولين فمردود بأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي ، فلا يسري على الفوائد القانونية المستحقة عن مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسري فقط على الفوائد المطلوبة عن مدة تالية لنفاذه ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ إلى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب هي ٤٪ لا ٥٪ (نقض مدني =

قضائية[1] (demande, citation en justice) . فلا يكفى مجرد إعذار المدين كما كان ذلك يكفى فى التعويض عن التأخير فى غير الفوائد التأخيرية[2] . وهذا مايقضى به صريح نص المادة ٢٢٦ إذ تقول : « وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائيـة بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره[3] » .

= ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٣٢).

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ — ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(٣) وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى عهد التقنين المدنى السابق بنص صريح (م ١٢٤/١٨٢–١٨٤) : استئناف أهلى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ — ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ — وقارن : ١١ مارس سـنة ١٩٢٤ المحاماة ٤٤ ص ٧٤٣ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الإضافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل فى الدعوى وإدخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سـنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فإن الفوائد التأخيرية لاتسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك إذا سقطت الخصـومة أو تركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سـنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ — وتبقى الفوائد سارية ما دامت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣). وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فالغالب عند القضاء المصرى أن الفوائد لا تسرى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ١٠ فبراير سـنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢) ، ولكن قضى مع ذلك بأن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) . والقضاء الفرنسى كان مستقراً على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصرى المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسى فى هذه المسـألة بقانون ٧ أبريل سـنة ١٩٠٠ فأصبح الإعذار كافياً لسريان الفوائد ، أصبح طبيعياً أن يذهب القضاء الفرنسى إلى أن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة تعدل الإعذار وتجعل الفوائد تسرى (بودرى وبارد ١ فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٥ — ديموج ٦ فقرة ٣٨٣ — فقرة ٣٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٣ — فقرة ٨٨٦) .

=

ولا يكفى أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة . فالنص صريح فى وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاته . وقد كانت هذه المسألة مختلفاً فيها فى عهد التقنين المدنى السابق لعدم ورود نص صريح فى ذلك[1] ،وقد ورد هذا النص فى التقنين المدنى الجديد فحسم الخلاف فى ذلك[2] .

وقد تشدد القانون فى تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الإعذار ،واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة ، وذلك تنكراً منه للربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على

= ولايكفى لسريان الفوائد التأخيرية التنبيه (commandement) : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص ٢٠٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٧٦ ، ولاحجزما للمدين لدى الغير إذا لم يعقبه طلب صحة الحجز(استئناف مختلط ٩ مارس سنة١٨٩٢ م ٤ ص١٦٥) ،ولا طلب تقدير الأتعاب ، أو إعلان أمر التقدير مع التنبيه بدفع الأصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ — اسكندرية الكلية المختلطة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) . ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول فى التوزيع أو فى التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ — ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) .

(١) فمن الأحكام ما كان يكتفى بالمطالبة القضائية برأس المال فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه الفوائد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧٨ — أول يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ — إسنا ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٥٨٧ — طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٢٤١ — محكمة مصر المختلطة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جورنال دى تريبينو ٩ رقم ١١١٤ — قارن استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٣ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كان يذهب إلى وجوب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ذاتها ولا تكفى المطالبة برأس المال (استئناف أهلى ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ — استئناف أسيوط ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ ص ٢١١ — بنى سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٤٨٢ — جرجا ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٠٦ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

خلافه ، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى إعذار[١]. وهذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية ، فان الدائن يشترط على المدين أن تسرى هذه الفوائد بالسعر الاتفاقى من وقت حلول الدين دون حاجة إلى أى إجراء . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية مقصوراً على الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسريانها فى الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية .

كذلك قد يحدد العرف التجارى ميعاداً آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية . مثل ذلك الحساب الجارى ، فسنرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الإضافة ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار [٢] .

وقد ينص القانون فى حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت إعذار المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين . من ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى ، أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشترى أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى [٣] . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥١٠

---

(١) استئناف أهلى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ — ٢٩ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ — وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدنى (٤٥٨ جديد) تجعل للبائع الذى سلم العين ولم يتسلم الثمن الحق فى الفوائد إذا كانت العين المبيعة تنتج ثمرات ، والحكمة فى ذلك هو اجتماع المثلين فى يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة فى حالة ما إذا كان المشترى دفع الثمن ولم يتسلم العين فيكون له الحق فى الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسى لمادة (١٠ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٢/٢ ص ٦٧٩) .

مدنى من أنه « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه، من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء » . فهنا أيضاً تسرى الفوائد التأخيرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدنى من أنه« ١ — إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . ٢ — وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق فى مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية لمصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه، ولمصلحة الشريك من يوم مده الشركة بالمال أو إنفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدنى من أنه « ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه. ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر» . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية فى إحدى حالتين من الوقت الذى استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه، وفى حالة أخرى من وقت الإعذار . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ...» . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إنفاق الوكيل ماله فى تنفيذ الوكالة . وكالوكالة الفضالة، فيكون «رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » (م ١٩٥ مدنى) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون » للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع » (١).

---

(١) وهذه النصوص سبق أن أوردنا كثيراً منها عند الكلام فى الإعذار أمثلة على حالات لا يقتضى فيها القانون الإعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير ، وليست الفوائد التأخيرية =

§ ٣ – شروط استحقاق الفوائد التعويضية

٥٠٩ – منطقة الفوائد التعويضية : تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قدمنا ، فى أن الأولى يلتزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهى ليست إلا تعويضاً عن التأخير فى الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول .

وأكثر ما تكون الفوائد التعويضية فى التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد . والمثل المألوف فى ذلك هو عقد القرض . فالمقترض ينتفع بمبلغ القرض عادة فى مقابل فائدة يدفعها للمقرض . وقد تجب الفوائد التعويضية فى عقد البيع ، بأن يتفق المشترى مع البائع على تأجيل الثمن إلى ميعاد معين فى مقابل أن يدفع المشترى فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا فى تأجيل الثمن وليست فوائد تأخيرية . فاذا حل ميعاد دفع الثمن وتأخر المشترى فى الوفاء ، بقيت الفوائد سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تنقلب فى هذه الحالة إلى فوائد تأخيرية ، وإن كانت بنفس السعر الاتفاقى . وقد تجب الفوائد التعويضية فى وديعة المصرف ، فمن أودع مصرفا مبلغا من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تعويضية . والفوائد التى يتقاضاها حامل السند هى أيضا فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود أقرضه صاحب الدخل للمدين به ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه إذا «كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعارضة ، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة » .

والذى يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين فى ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين فى مقابل هذا الأجل – أى فى مقابل بقاء هذا المبلغ فى ذمته والانتفاع به – الفوائد التعويضية

= إلا صورة من صور التعويض عن التأخير (انظر آنفا فقرة ٤٦٦ وفى الهامش) . وانظر فى نصوص التقنين المدنى السابق التى كانت تقضى بسريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ – ص ٤٥٢ .

التي يتفق عليها مع الدائن . أما إذا حل أجل استحقاق الدين ، ولم يوفه المدين ، فان الفوائد التي تظل تسرى بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء، تنقلب إلى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (١). ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد ، فان الدين الذى يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزاً من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله إنما تكون فوائد تأخيرية . والعقد — أو التصرف القانوني بوجه عام — هو الذى ينشىء الدين إلى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل (٢).

---

(١) وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة . فمنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية تبقى سارية بعد حلول أجل الدين إلى يوم الوفاء ، وهذا هو الرأى الذى نأخذ به (لوران ٢٦ فقرة ٥١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٦) ، ومنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية ينتهى سريانها بحلول أجل الدين ، ولا تستحق الفوائد التأخيرية إلا من يوم الإعذار (المطالبة القضائية في مصر) (بلانيول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ — فقرة ١١٦٤ — دى باج ٣ فقرة ١٤٣) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له . ذلك أن المقرض إذا اشترط سعراً للفائدة ، فهو في الوقت ذاته قد اشترط — مالم يظهر عكس ذلك في وضوح — أن يكون هذا السعر الاتفاقي هو أيضاً سعر الفوائد التأخيرية وأنه يسرى من وقت حلول أجل القرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار .

(٢) على أنه يمكن ، في شيء من التحوير ، أن نتصور فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد في الفرض الآتى : يلتزم المالك بأن يرد للحائز ما أنفقه من المصروفات طبقا لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠-٩٨١ مدنى ، وهذا الالتزام مصدره غير العقد . ثم تنص المادة ٩٨٢ على أنه «يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها» . وهذا النص ، إذا فسر على أنه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضى ، فإن القاضى يكون قد لاحظ في ذلك أن يضيف للمصروفات فوائد تعويضية — بالسعر القانونى — حتى إذا رأى المالك أن يعجل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضى النص بذلك . فهنا استحقت فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود مصدره غير العقد .

وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٣ مدنى . فقد قضت بأنه «١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها =

٥١٠ — شرط استحقاق الفوائد التعويضية — الاتفاق مع المدين :
والفوائد التعويضية ، على النحو الذى قدمناه ، لا تستحق إلا باتفاق يتم بين الدائن والمدين . فالمقترض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن ، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدنى على ما يأتى : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » . والمشترى لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل إلا إذا اتفق على ذلك مع البائع[1].

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط فى استحقاق الفوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضا سعر هذه الفوائد ، على ألا تجاوز الحد الأقصى الذى قرره القانون والذى سيأتى بيانه . ونرى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون إلا بسعر اتفاقى ، وليس لها سعر قانونى . أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قد يكون سعراً قانونياً وقد يكون سعراً اتفاقيا[2].

= بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل» . فهنا التزم الدائن الذى عجل له الوفاء بحقه أن يدفع للمدين الذى عجل الوفاء فوائد تعويضية عن المبلغ الذى عجل الوفاء به ، والمصدر الذى التزم به الدائن ليس هو العقد .

ولا شك أن فيما قدمناه تحويراً للفوائد التعويضية يدل على مبلغ الصعوبة فى تحقيق فرض تستحق فيه هذه الفوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . ويلاحظ أنه إذا استقام هذان الفرضان ، أمكن أن يكون للفوائد التعويضية سعر قانونى ، مع أن هذه الفوائد لا تكون إلا بالسعر الاتفاقى كما سنرى .

(١) أما ماقررته المادة ٤٥٨ مدنى من أن للبائع الحق فى الفوائد القانونية عن الثمن إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع فى استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع فى أكثر الدول ، لا إلى تحديد سعر الفوائد التى تستحق عن التأخير فى الوفاء فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد . فالأولى ، اتفاقية كانت أو قانونيـــة ، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين ، وترصد على تعويض الضرر الناشىء عن التأخر فى هذا الوفاء . أما الثانية فتفترض أن الدين لم يحل ، وأن الفوائد وهى اتفاقية دائما قد اشترطت كمقابل فى معاوضة من المعاوضات . فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو سعر الاتفاق ، فى حين أن فوائد التأخر لها سعران : أحدهما اتفاقى والآخر قانونى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ — ص ٥٨٣) .

الفرع الثانى

مقدار الفوائد كما حددها القانون

٥١١ — سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل القانون ، كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانونى والحد الأقصى للسعر الاتفاقى .

وقد أجاز التقنين المدنى الجديد — كراهية منه فى الربا — النزول عن الحدود المقررة فى حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ، وفى حالات معينة أيضاً ، الزيادة على هذه الحدود .

فنستعرض : (أولا) سعر الفائدة (ثانياً) جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها .

المبحث الأول

سعر الفائدة

٥١٢ — سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفوائد القانونية إما أن يكون سعراً قانونياً وإما أن يكون سعراً اتفاقياً .

فالسعر القانونى فى المسائل المدنية هو ٤٪ ، وفى المسائل التجارية هو ٥٪ ، وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدنى على عامر . وقد كان السعر القانونى فى عهد التقنين المدنى السابق ، طبقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٥٪ فى المسائل المدنية و٦٪ فى المسائل التجارية . فخفض التقنين المدنى الجديد السعر القانونى ، فى الحالتين ، بمقدار ١٪ (١) ، ويبرر ذلك « ما أسفرت

---

(١) وقد تقدم أن السعر القانونى فى التقنين المدنى السابق كان فى مبدأ الأمر ٧٪ فى المسائل المدنية و٩٪ فى المسائل التجارية . ثم خفض هذا السعر المرتفع الى ٥٪ و٧٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر فى المسائل التجارية إلى ٦٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ فى الهامش) . =

عنه الظروف الاقتصادية » من وجوب تخفيض كل من السعر القانونى والسعر الاتفاقى، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[1]. والعبرة بالمدين فى التمييز بين المسائل المدنية التى يكون سعرها ٤ ٪ والمسائل التجارية التى يكون سعرها ٥ ٪ . فاذا كان المدين غير تاجر ، فالفائدة تحسب بالسعر القانونى فى المسائل المدنية — ٤ ٪ — حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية[2] . ويلاحظ أن السعر القانونى الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالفوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤ ٪ فى المسائل المدنية و٥ ٪ فى المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ[3] .

أما السعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧ ٪ ، وقد يكون أقل من ذلك ، بل قد يكون أقل من السعر القانونى ، حسب الاتفاق الذى يتم بين الدائن والمدين . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقى قررته المادة ٢٢٧ الفقرة

= أما فى فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانونى ٥ ٪ فى المسائل المدنية و٦ ٪ فى المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر إلى ٤ ٪ و ٥ ٪ بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، ثم أعيد إلى ٥ ٪ و٦ ٪ بقانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ ، ثم رجع إلى ٤ ٪ و ٥ ٪ بمرسوم بقانون فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ . والسعر القانونى فى الجزائر هو ٥ ٪ فى كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢٠٩ — ويرى هؤلاء الفقهاء أن الأولى هو أن يجعل السعر القانونى تابعاً لسعر الخصم taux de l'escompte فى بنك فرنسا : جزء ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ . وقد جاء فيها : « وقد كان فى الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد أنه رؤى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين المدنى ذاته . ولعل هذا الوضع أدنى إلى تيسير التعجيل بإجراء التخفيض الذى تقدمت إليه الإشارة ، ولا سيما بعد أن ألحت على البلاد دواعيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ — ص ٥٨٤) .

(٢) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٣) وهذا هو نفس ما قررته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ عندما خفض هذا المرسوم بقانون السعر القانونى فى المسائل التجارية من ٧ ٪ إلى ٦ ٪ — أنظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ٩٩٦ مكررة — روبييه فى تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ .

الأولى على ما رأينا ، وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان السعر الاتفاقى فى عهد التقنين المدنى السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨ ٪ يجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧ ٪ ، ولكنه لم يخفض حتى صدر التقنين المدنى الجديد فتولى هذا التخفيض (١) . ويلاحظ أن السعر الاتفاقى الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى هو أيضاً من وقت سريان التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت ؛ لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . فاذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية هى ٨ ٪ وفقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه هذه الفوائد التأخيرية سارية إلى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ، فانها تحسب بسعر ٨ ٪ إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لأحكام المادتين ١٢٤ — ١٢٥/١٨٢ — ١٨٥ من التقنين الحالى (السابق) ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨ ٪ مع جواز تخفيضه إلى ٧ ٪ بمقتضى مرسوم . على أن المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصى للسعر ٧ ٪» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) . وقد قدمنا أن السعر الاتفاقى فى التقنين المدنى السابق كان فى مبدأ الأمر ١٢ ٪ ، ثم خفض إلى ٩ ٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم إلى ٨ ٪ يجوز تخفيضها إلى ٧ ٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس ١٩٣٨ .

أما فى فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقى كالسعر القانونى ٥ ٪ فى المسائل المدنية و ٦ ٪ فى المسائل التجارية . وقد ألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى المسائل التجارية . ثم ألغى قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى المسائل المدنية إلغاء موقتاً ، مع جواز العودة إلى حد أقصى بمقتضى مرسوم . على أن المرسومين بقانون الصادرين فى ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعا عقوبة جنائية على الأقراض بالربا الفاحش ، ويكون الربا فاحشاً إذا زادت الفوائد على المعتاد تقاضيه ، فى المعاملات المماثلة فى مخاطرها (mêmes risques) ، بأكثر من النصف ، وفى هذه الحالة تخفض الفوائد إلى السعر المعتاد تقاضيه ، ويخصم ما دفع زائداً من الفوائد بالسعر المعتاد ثم من رأس المال ، فإذا كان الدين قد انقضى مع فوائده ، رد إلى المدين ما دفعه زائداً بعد ذلك مع فوائده من يوم الدفع (انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢) .

شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر ٧ ٪ وفقاً لأحكام التقنين الجديد(١).

٥١٣ — سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقى ، كما قدمنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية . وبهذا تقضى ، كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ إذ تقول : « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد، سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على ٧ ٪ » . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التى تشترط فيها الفوائد هى حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التعويضية فى عهد التقنين المدنى السابق ، وفقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨ ٪ ، أى نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية ، وقد خفض إلى ٧ ٪ لنفس الأسباب . ويسرى السعر

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود إليها فيما يلى : وانظر عكس ذلك روبييه فى تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ . وانظر بنوع خاص انتقاده لفكرة أن التشريع الذى يعتبر من النظام العام يكون له أثر رجعى أو أثر فورى بالنسبة إلى العقود القائمة وقت نفاذه إذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك (فقرة ٨٧) . وأغلب الفقه الحديث فى فرنسا من رأى الأستاذ روبييه . على أنه حتى بفرض التسليم بأن التشريع الذى يعتبر من النظام العام ليس له أثر رجعى أو أثر فورى ، فأنه يبقى أن الأستاذ روبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية (régime du contrat) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية (statut légal) ، ويجعل للتشريع الذى يتصل بالمراكز القانونية أثراً فورياً . ثم هو يفرق بين السعر القانونى للفائدة والسعر الاتفاقى ، فيجعل الأول متصلا بمركز قانونى ويجعل الثانى متصلا بمركز تعاقدى (انظر جز ٢ فقرة ٨٧ ص ١٢٠) . ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانونى والسعر الاتفاقى يتصل اتصالا مباشراً بمركز قانونى هو نظام الديون (régime des créances) . ذلك أن القانون فى الأصل لا يجعل الدين منتجاً لفوائد ، إلا إذا طالب بها الدائن أو اتفق عليها مع المدين ، وفى الحالتين يضع القانون حدوداً لسعر هذه الفوائد ، وسواء كان هذا السعر قانونياً أو كان اتفاقياً فانه يتصل بمركز قانونى نظمه القانون ، ومن ثم يجب أن يكون لأى تشريع يتصل بهذا المركز القانونى أثر فورى . فإذا قامت اعتبارات تحول دون هذا الأثر الفورى ، وجب أن ينص المشرع على أن التشريع الجديد لا يسرى على العقود القائمة وقت نفاذه ، ولا يسرى إلا على العقود التى تبرم بعد ذلك ، وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

الاتفاق الجديد ، وهو السعر المخفض ، من وقت سريان التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت . فاذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغاً من النقود بسعر ٨ ٪ ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فانه يؤدى الفوائد بسعر ٨ ٪ إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم بسعر ٧ ٪ ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩[1] .

---

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكماً مخالفاً لهذه القواعد العامة ، يقضى بعدم سريان السعر المخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه ، حتى لو كانت هذه العقود تبقى سارية إلى مابعد التخفيض أو الرفع (انظر آنفا فقرة ٥٠٢ فى الهامش) ، ومن ثم قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد إلى ٨ ٪ ليس له أثر رجعى (١٣ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠) .

وقد طبقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى القواعد العامة تطبيقاً صحيحاً إذ تقول : « وبديهى أن أثر هذا التخفيض لايستند إلى الماضى ، فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التى تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية (قارن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) .

وأخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، إذ قضت بأن الدفع بأن سعر الفائدة المقضى بها يجب ألا يزيد على ٧ ٪ بعد العمل بالقانون المدنى الجديد وفقاً للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض . والحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد القاضى بتخفيضه ، أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا النظر ماورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى المشار إليه . وإذن فتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدنى الجديد بفائدة سعرها ٨ ٪ ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء ، فان هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور فى خصوص المدة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧ ٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . أنظر عكس ذلك أصول القانون للأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت والمؤلف سنة ١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز (ص ١٩٨–١٩٩) بين النصوص التى يقصد بها حماية مصلحة عامة كالقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سعراً جبرياً ، والنصوص المعتبرة من النظام العام ولكنها تحمى مصالح خاصة كالقانون الذى يخفض الحد الأقصى الفائدة فلا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها . =

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ ، كما رأينا ، على أن « كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » . وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧ . ولا يختلف النص الجديد عن أصله إلا في أمرين : (١) وقع تحريف لفظي في النقل عن الأصل ، فقد ورد في آخر النص الجديد عبارة « ولا منفعة مشروعة » ، وصحتها : « ولا نفقة مشروعة » . كما ورد في الأصل ، وبذلك يستقيم المعنى . (٢) عين المرسوم بقانون من يحمل عبء إثبات أن العمولة أو المنفعة هي فائدة مستترة فجعله المدين ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن ... » بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن ... » ، وبذلك يكون تعين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة[1]. ويبدو أن

= ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (موجز المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) إلى أن العبرة في سريان النص القاضي بتخفيض السعر بتاريخ الاتفاق ، « لأن الحكمة — كما يقول — من أصل وضع هذه المادة وما كان يقابلها في التقنين الملغى إنما هي منع استغلال الدائن حاجة المدين وضعفه وقت التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائد . ويظهر ذلك جلياً من عبارة هذه المادة حيث تقول أنه : يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد . . . على ألا يزيد هذا السعر على ٧ ٪ ، فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧ ٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار — ولو قصد الشارع غير ذلك ، لعبر عنه كما عبر في المادة ٢٣٢ بقوله : لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ... وإذن فالذي يتعلق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد أزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك إلا على العقود التي يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين . » — ولا نحسب أن المشرع قصد المغايرة في الحكم بين عدم جواز الاتفاق على سعر يزيد على ٧ ٪ وعدم جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، لمجرد أنه استعمل تعبيرين مختلفين ، فقال في الحالة الأولى « فاذا اتفقا ... » وقال في الحالة الثانية « لا يجوز تقاضي ... » . ففي الحالتين أراد المشرع ألا يجيز تقاضي فوائد بسعر يزيد على ٧ ٪ وألا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد . والنصان — بهذا المعنى — حكمهما واحد من حيث اتصالهما بالنظام العام .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٦ .

القواعد العامة لا تختلف عما كان المرسوم بقانون يقضي به ، فعبء الإثبات يحمله المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين إنما يطعن بالصورية فيما اتفق عليه مع الدائن ، ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هي فوائد ربوية ، فهو الذي يحمل عبء الإثبات (١) ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولو بالبينة والقرائن ، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التي اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذاً لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإنه يكون في غير محله النعي على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) . وليس الحكم صريحاً في تحميل المدين أو الدائن عبء الإثبات .

(٢) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال معمولا به حتى اليوم ، بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وهو يقضي بأنه « لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدني المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدني الأهلي . ويجوز فضلا عن ذلك تحصيل عوائد تثمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه العوائد على ٤ ٪ إذا كانت السلعة أقل من ٢٥٠ قرشاً ولا على ٣٫٥ ٪ إذا زادت على ذلك . ويكون تحصيل هذه الرسوم باعتبار سنة كاملة مهما كانت مدة السلفة . ولا تسري أحكام هذا المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص ما يأتي : « ويلاحظ أن نص المشروع في هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر العالي الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتخويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة إضافية في مقابل نفقات التثمين والقياس والتخزين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) .

وقد تجتمع عمليتان في عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيهما على السعر المسموح به قانوناً ، ومع ذلك يكون كل من العمليتين صحيحاً لاستقلال كل عملية عن الأخرى ، ولعدم مخالفة القانون في أي منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأن عمليتي القرض والتعهد بعمل شيء وهو توريد أقطان بشروط معينة هما عمليتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، جائزتان قانوناً ، ولا يضيرهما حصولها بعقد واحد . ولا محل للقول بأنه إذا أضيفت الغرامة المشترطة في حالة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد إلى فائدة عملية القرض الأولى جاوزت الفائدة المقدار المسموح به قانوناً ، لأن التعويض المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير مايفوت المتعهد له (البنك) =

٥١٤ — جزاء مجاوزة سعر الفائدة : وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى بأنه إذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى ، فانه يجب تخفيضها إلى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر . وللمدين الذى يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات [١] .

= من المنفعة بسبب عدم توريد الأقطان ، لأنها إذا وردت نشأت عنها عملية أخرى هى اعتماد بحساب جار بتأمين هذه الأقطان يلتزم به البنك قبل العميل أن يقرضه قرضاً جديداً ، والبنك أمام هذا الالتزام يرصد من أمواله مبلغاً موازياً بنسبة معينة من قيمة البضائع انتظاراً للقيام بهذا التعهد ، فإخلال العملاء بالتوريد يفوت على البنك الانتفاع باستخدام ماله واستغلال شونه (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥) .

(١) وقد قضى بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً النظام العام ، جاز أن يثبت بكل طرق الإثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢م ٢٥ ص ٧٨ — طنطا الجزئية ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥) ، ومتى ثبت أن هناك ربا فاحشاً ، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن ، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقى للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) . وتبحث المحاكم فيما إذا كانت العقود تشتمل على ربا فاحش ، وذلك كيفما كانت ماهية هذه العقود وشكلها (استئناف أهلى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤) . فإذا اتضح لها أن عقد قرض بفوائد فاحشة سمى بيعاً بقصد إخفاء الربا ، وجب عليها اعتبار العقد بحسب حقيقته وتنزيل الفوائد الزائدة المضافة إليه (رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ الشرائع ٤ ص ٢٧٨) . وإذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغاً من المال وقت تحرير عقد الإجارة على أن يؤجر له الأطيان بأجرة هى دون القيمة ، وثبت للمحكمة أن عقد الإيجار ماهو فى الحقيقة إلا عقد تأمين على قرض ، وأن الفرق بين الأجرة المتفق عليها وما تساويه العين المؤجرة هو ربا فاحش للمبلغ المقترض ، جاز للمحكمة أن تلغى الإجارة وتلزم المستأجر برد العين المؤجرة ودفع أجرة تقدرها عن مدة وضع يده عليها ، وتقضى على المؤجر برد المبلغ الذى تسلمه عند تحرير العقد مع فوائده بواقع ٩٪ (استئناف أهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧) . انظر أيضاً ربا فاحشاً فى صورة عمولة (استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفى صورة رهن (استئناف أهلى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفى صورة غاروقة (أسيوط ٧ مارس سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٣) . انظر أمثلة أخرى لعقود تخفى ربا فاحشاً فى القضاء المختلط : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤) . وانظر فى وجوب عدم الاقتصار على احتمال مظنة الربا الفاحش ، بل يجب فى هذه الحالة أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشاً : نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم فى قسم الإثبات .

والتخفيض إلى الحد المقرر فى القانون لايقتصر على السعر الاتفاقى ، بل يتناول أيضاً على سبيل القياس السعر القانونى . فاذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على ٤ أو ٥ ٪ ، فان الفوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائداً . ويندر أن تقع الزيادة فى السعر القانونى ، والغالب أنها تقع فى السعر الاتفاقى ، ولذلك ورد النص فى هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر إلى الحد المقرر قانوناً هو أيضاً جزاء مجاوزة سعر الفائدة فى عهد التقنين المدنى السابق . أما رد ما دفع زائداً فقد كان مختلفاً فيه (١)، فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف إذ نص صراحة على وجوب الرد . ونرى أن نص التقنين المدنى فى هذه المسألة هو نص تفسيرى ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده .

ويتقادم الالتزام بالرد بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدنى ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق .

المبحث الثانى

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ — فرضانه : قرر القانون سعر الفائدة ، القانونى والاتفاقى ، فى الفوائد التأخيرية وفى الفوائد التعويضية ، على النحو الذى بسطناه . ولكن

---

(١) فن الأحكام ما كان يقضى بعدم جواز استرداد ما دفع زائداً عن اختيار : استئناف أهلى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ — استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١) .

ومن الأحكام ما كان يقضى بجواز استرداد ما دفع زائداً ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ — مصر استئنافى ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ — طنطا ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ . انظر أيضاً فى عدم جواز الاسترداد الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

هناك أحوالا ، نص عليها القانون ، يجوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة . كما أن هناك أحوالا ، على النقيض من ذلك ، تجوز فيها الزيادة على هذا الحدود.

ونتناول بالبحث كلا من هذين الفرضين .

المطلب الأول

جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه، فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها اطلاقا ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » .

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتى :

« عند توزيع ثمن الشىء الذى بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتى :

« لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع بخطأه ، فللقاضى أن تخفض الفوائد ، =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٢٦/١٨٦ (١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٣٠ — ٢٣١ و ٢٣٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٣٢ — ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود

= قانونية كانت أو اتفاقية ، أولا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر». وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تعالج حالة الدائن سيىء النية الذى يتعمد إطالة أمد النزاع كى تستمر الفوائد فى سريانها ، وقد أثبت العمل أنه كثيراً ما يلجأ الدائن إلى إنكار الامضاء أو إلى الدفوع أو رد القاضى . ورأت اللجنة أن تدخل عبارة « بسوء نية » بدلا من كلمة « بخطأه » لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٨ — ص ٥٨٩) .

م ٢٣٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » الواردة فى آخر نص المشروع التمهيدى . وأقرت لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقمه ٢٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « دون تمييز ... الخ » لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة ، وأصبح رقم النص ٢٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٠ — ص ٥٩٢) .

م ٢٣٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — الفوائد على متجمد الفوائد لا تكون مستحقة إلا إذا طولب بها قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد فى الحالتين فوائد سنة على الأقل ، وهذا دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢ — أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها ». وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتيها النص الذى استقر فى التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة فى ذلك ألا تتكرر الفوائد بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وأن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق . وأصبحت المادة رقمها ٢٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٧) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد إلا إذا كان مستحقاً عن سنة كاملة » .

اللبنانى المادة ٧٦٨ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربعا يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة : (١) تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع (٢) الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد (٣) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال (٤) الفوائد على متجمد الفوائد ، أى الربح المركب (anatocisme) . ونتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات .

٥١٧ — تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع : لم يستحدث التقنين الجديد هذا الحكم استحداثاً تاماً ، فقد كان القضاء المصرى يسير على مقتضاه . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقديما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق ... فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصرى (٢) » .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٠ — ٢٣١ و ٢٣٢ و ٢٣٣ (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التقنين المدنى السورى لا تذكر ما إذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب إيداع الثمن فيها) .

التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ (مطابقتان للمادتين ٢٢٩ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقى تكتفى بخطأ المدين ولا تشترط سوء نيته . ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٢٣٠ من التقنين المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٢ — ٢٣٣ و ٢٣٥ (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى ، وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفى كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة . (وحكم الربح المركب هنا كحكمه فى التقنين المدنى المصرى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى ، فيما عدا أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد هى هنا ستة أشهر بدلا من سنة هناك : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض إعطاء الدائن الفوائد القانونية إذا رأت أنه أجرى إجراءات غير لازمة للدعوى ، واتبع طرقاً أوجبت الإطالة بلا فائدة (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ١٧٥) . ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصاً مفسراً إذ هو يقنن أحكام القضاء المصرى ويجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له إذن أثر رجعى .

والمبدأ الذى يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التعسف فى استعمال الحق . والدائن إذا تسبب بسوء نية فى إطالة أمد النزاع ، فهو إنما يتعسف فى المطالبة بحقه وفى استعمال الإجراءات التىوضعها القانون تحت تصرفه للوصول إلى هذا الحق . فبدلا من أن يقصد الوصول إلى حقه ، يعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابح من جراء هـذا التعسف . فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) إطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر . مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض إطالة أمد النزاع ، إلى إنكار إمضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو إلى الطعن فى هذه المخالصة بالتزوير ، أو إلى الإكثار من الدفوع الكيدية ، أو إلى رد القضاة وما إلى ذلك [1]. وليس من الضرورى أن يرفع الدائن خصومة إلى القضاء ، بل يكفى أن يلجأ فى المطالبة بحقه إلى إجراءات لا مبرر لها لإطالة أمد النزاع [2]. مثل ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفى فيه إعذار المدين ، فيعذره الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين ، فيضطر المدين إلى العرض الحقيقى ، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض ، وهكذا .

(الشرط الثانى) سوء نية الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ مدنى لا يتطلب سوء النية ، ويكتفى بالخطأ ، فكان صدر المادة يجرى على الوجه الآتى : « إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع بخطئه ... » . فلوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له فى التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية لأن الاقتصار على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء [3] . فلا يكفى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ . وانظر آنفاً فقرة ٥١٦ فى الهـامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط =

ذن أن يكون الدائن قد أخطأ فى إطالة أمد النزاع خطأ عادياً ، بل يجب أن يكون قد تعمد إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين . فيكون النص إذن تطبيقاً واضحاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق . وقد رؤى اشتراط سوء النية لأن النتائج التى يرتبها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة ، إذ يسقط حقه فى الفوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ بسيط من الدائن ، يسهل على المدين دائماً أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع . ولا نميل إلى القول بأن الخطأ الجسيم هنا يلحق بسوء النية، لأن النص لا يذكر إلا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يتشدد حتى لا يهدر حق الدائن فى الفوائد إلا جزاء وفاقاً لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفى إثبات الخطأ الجسيم .

هذا والمدين هو الذى يحمل عبء إثبات الشرطين معاً : إطالة أمد النزاع بلا مبرر وسوء نية الدائن . ومتى تم له إثبات ذلك ، كان للقاضى أن يخفض الفوائد إلى حد معقول ، بل كان له ألا يقضى بها إطلاقاً ، وذلك عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر ، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا عن هذه المدة [١] . فهناك خطأ مشترك (erreur commune) : المدين تأخر فى الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر باطالته أمد النزاع [٢] . والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسئولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد ، أو يعدمها إذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين ومظهر انعدام المسئولية هو إسقاط الفوائد .

والفوائد التى يخفضها القاضى أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهى دائماً فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن

= بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤) . وواضح أن هذا يتمشى مع نص المشروع التمهيدى الذى كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لا مع النص النهائى الذى يشترط سوء النية .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

أمد النزاع فيه حتى تتراكم الفوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه الفوائد إلا فوائد تأخيرية [١] .

٥١٨ — **الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد** : هذا الحكم استحدثه التقنين الجديد فى ضوء تجارب الماضى [٢] . فقد كان المدين ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع ، يبقى ملتزماً بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التى تدرج فى قائمة التوزيع . وتطول إجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين وهو لا يد له فى ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه . ومن ثم جاء التقنين المدنى الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع المضرة عن المدين .

وتقضى المادة ٢٣٠ — وقد مر ذكرها — بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان السعر القانونى أو السعر الاتفاقى ، إلا إلى وقت رسو مزاد المال الذى يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه . ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بالسعر المقرر . ولا تنتج الديون التى ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن ، ولا تتقاضى فوائد التأخير إلا فى حدود المستحق من هذه الفوائد فى ذمة الراسى

---

(١) ويذهب الدكتور المحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى (ص ٣٦) إلى أنه يجوز أن يطبق فى لبنان حكم تخفيض الفوائد أو إسقاطها لإطالة أمد النزاع بسوء نيـــة ، دون حاجة إلى نص فى ذلك ، إذ يقول : «و ن نرى أن ذلك جائز أيضاً فى لبنـان ، وفاقاً للمبادىء العامة ، لا سيما وفاقاً لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه فى المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفاقاً لتطبيقات هذا المبدأ العديدة فى قانون أصول المحاكمات المدنيـــة التى توجب الحكم بتعويض على من يقدم ، عن نية سيئة ، على إقامة أية دعوى أو على المعارضة فى أى طلب ظهرت صحته (م ٣١) » .

(٢) نذكر للتاريخ أن صاحب الفكرة فى هذا النص هو القاضى استنويت (stenuit) ، وكان يعمل فى لجنة تنقيح التقنين المدنى على ما مر . وقد أفضى إلينا أن خـــبرته كقاض فى المحاكم المختلطة دلته على أن الفلاح المدين يحمل غرماً فادحاً من جراء بطء إجراءات التوزيع ، فقد تطول هذه الإجراءات زمناً طويلا ، ولا ذنب له فى ذلك ، فتتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التى تسير فيها إجراءات التوزيع . فصيغ هذا النص دفعاً لهذا العبء الثقيل عن عاتق المدين .

عليه المزاد أو فى ذمة خزانة المحكمة . وبهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين، وهذا ما يقع فى الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه الفوائد التأخيرية — فى الحدود المتقدمة الذكر — بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتهن أو ذى حق امتياز ودائن عادى .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى ختام عبارتها فى هذا الصدد : «وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له»(١) .

٥١٩ — *زيادة مجموع الفوائد على رأس المال* : رأينا أن المادة ٢٣٢ مدنى تقضى بأنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . وفى هذا النص إمعان من جانب التقنين المدنى الجديد فى كراهية الربا ، إذ هو يستحدث قيداً جديداً على الفوائد لم يكن فى التقنين المدنى السابق ، وليس له نظير فى التقنينات الغربية . والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدى كان خالياً من هذا النص ، وسار المشروع فى اللجان والهيئات المختلفة حتى وصل إلى لجنة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩١ — ولما كان هذا الحكم مستحدثاً ولكنه يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام الفوائد ، فانه يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التى لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على هذا التاريخ .

ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى أن هذا الحكم معمول به فى لبنان دون نص ، فهو يقول : « وعلى الرغم من أن القانون اللبنانى لم ينص على مثل هذا المبدأ صراحة ، فإن العمل فى دوائر الإجراء ، لا سيما فى بيروت ، هو موافق له ، إذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الإحالة القطعية فى البيع الجبرى تمهيداً لإجراء معاملة التوزيع بين الدائنين » (آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٢) .

مجلس الشيوخ . وفى هذه اللجنة أضيف النص قيداً جديداً على الربا[١] ، واستحدثت اللجنة فى النص ذاته تحريم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد قيداً آخر ، وجاوزت فى القيدين أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية .

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن من مدينه لا يصح فى حال أن يزيد على رأس المال . وقد جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد أن اللجنة قد راعت « أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق[٢] » .

ومجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقى وبالسعر القانونى . فلو أن شخصاً اقترض من مصرف ألفاً من الجنيهات بسعر اتفاقى مقداره ٧ ٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئاً طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر فى الوفاء سبع سنوات أخرى ، فان مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التى تراكمت عليه بالسعر الاتفاقى هو ١١٩٠ جنيهاً ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيهاً . فلا يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التى تراكمت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوى رأس المال ،

---

(١) ونذكر هنا أيضاً للتاريخ أنه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيود الكثيرة المختلفة التى وضعها التقنين المدنى الجديد على الربا ، أرادت اللجنة الاستزادة منها . فذكرت ما كنت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا عن القوانين العثمانية قاعدة تقضى بأنه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، فبادرت اللجنة إلى إدماج هذه القاعدة فى نصوص التقنين الجديد هى وتحريم الفوائد المركبة ، وجعلت القاعدتين فى نص واحد مستحدث .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — والأصل فى هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المرابحة العثمانى ، وتقضى بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة فى العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، ثم لما استقلت أدخلت القاعدة فى كل من التقنين المدنى العراقى والتقنين المدنى السورى عن طريق التقنين المدنى المصرى الذى استقى القاعدة هو نفسه من قانون المرابحة العثمانى . ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى (آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣١-ص ٣٢) أن هذه القاعدة لاتزال سارية فى لبنان بحكم قانون المرابحة العثمانى .

ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيهاً . وليس فى هذا الحكم حماية للمدين فحسب ، بل هو ينطوى أيضاً على معنى العقوبة للدائن ، إذ أنه أما أن يكون قد أهمل فى تقاضى حقه ، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تترا كم الفوائد على المدين[1] .

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

(أولا) أن النص استثنى ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك الحساب الجارى ، وسيأتى أنه يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بحد معين . فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد فى نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزاً تمشياً مع القواعد والعادات التجارية[2] .

---

(١) وهذه القاعدة التى تقضى بأن مجموع الفوائد لا يجاوز رأس المال تعتبر من قواعد النظام العام ، ومن ثم يسرى نص المادة ٢٣٢ من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقاً فى تقاضى مجموع من الفوائد يزيد على رأس المال ، فما دفع من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى تقاضاها الدائن فى الماضى مع الفوائد التى يتقاضاها فى المستقبل أكثر من رأس المال . فإذا فرض أن شخصاً اقترض مبلغاً مقداره ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨ ٪ فى يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقى يسدد الفوائد إلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسددها بسعر ٧ ٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى وصلت جملة مادفعه من الفوائد منذ بداية القرض ألفاً من الجنيهات ، فإنه لا تجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص اقترض هذا المبلغ (١٠٠٠ جنيه) بهذا السعر (٨ ٪) فى يناير سنة سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فانه يكون قد دفع حتى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائداً على ١٠٠٠ جنيه .

(٢) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، فى القضية رقم ٨١٨ ٥ لسنة ١٩٥٣ ، حكم لم ينشر بعد يقضى بأن العادات التجارية فى القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : «وحيث إن المشرع لاحظ فى النص على عدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية أن للعرف السائد قوة القانون المسنون ، وأنه لا بد من عدم المساس بأحكام المعاملات التى جرى بها العرف من قديم الزمان ، ومنها القروض طويلة الأجل التى تعقدها المصارف والشركات فى نطاق نشاطها المألوف . ولا يمكن بحال أن يكون الشارع قد قصد القضاء على الائتمان الطويل ، ومحاربة القائمين به ، على ما يؤديه =

(ثانياً) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة فى الصفقة الواحدة ، لا فى مجموع الصفقات إذا تعددت . فاذا اقترض شخص مبلغاً من النقود بفائدة ، وتراكمت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضاً آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال فى كل من القرضين ، ولكن تجوز زيادة مجموع الفوائد فى القرضين معاً على رأس المال فى أى قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون فى ذلك طريق للتحايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان إلى تجزئة القرض الواحد إلى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

على أن الحكم الذى نحن بصدده — عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال — ليس بالقيد الخطير فى الصفقات العادية . إذ يندر فى هذه الصفقات أن يصل الدائن من الإهمال فى تقاضى الفوائد إلى حد أن تتراكم فتجاوز رأس المال . ويسهل دائماً على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم إذا حل أجله لا يتراخى فى المطالبة به إلى الحد الذى تتراكم فيه الفوائد فتزيد على رأس المال . وفى هذا مصلحة لكل من الدائن والمدين : الدائن يتفادى أن يضيع عليه شىء من الفوائد ، والمدين لا يترك له الحبل على الغارب فيستسلم إلى تهاونه ، بل تحفزه مطالبة الدائن إلى السعى فى سداد دينه فلا تتراكم الفوائد عليه[1] .

= هذا الائتمان من خدمات جليلة للاقتصاد القومى ، ومع ما يتسم به من طابع التيسير على المدينين . ولكن الشارع قصد — فحسب — منع المرابين المحترفين من استغلال الضعفاء على صورة كريهة ممقوتة ، فعمل على حمايتهم فى هذه الصورة وفى هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لأثر العادة التجارية ، بما يحفظ كيان الأوضاع الاقتصادية فى البلاد » .

ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضاً ، حكمان يقضيان بعكس هذا الرأى : صدر الأول فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى القضية رقم ١٤١٩ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثانى فى نفس هذا التاريخ فى القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وتأيد هذا الحكم الثانى من محكمة استئناف مصر فى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ٦٩/١٧ — وسنعرض فى الحاشية التالية إلى القروض طويلة الأجل .

(١) غير أن هناك نوعاً من القروض قد تستعصى طبيعتها على هذا التدبير ، وهى قروض الإنتاج طويلة الأجل . وتتميز هذه القروض بخصيصتين : (١) ينتفع المقترض بالقرض للإنتاج لا للاستهلاك . فهو إما مزارع يريد إصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء =

٥٢٠ — الفوائد على متجمد الفوائد أو الأرباح المركبة : تقضى المادة ٢٣٢ مدنى ، كما رأينا ، بأنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تقضى بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة إذا طولب بها

= عليها ، أو نحو ذلك ، فيقترض مبلغاً كبيراً من المال لمشروعه الإنتاجى من مصارف للائتمان العقارى تخصصت لهذا الغرض . (٢) يكون القرض ذا أجل طويل ، وينبغى أن يكون كذلك ، فإن المقترض إنما يقترض كما قدمنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد فى سداد أقساط الدين على غلة ما أنتجه ، مع استبقاء شىء من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه ، فلا بد إذن أن يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل فى كثير من الأحوال إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين فى حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقارى أن تجعل المدين يسدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد فى كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجاً كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد فى هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلابد إذن ، إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة ، من استثنائها بتشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى ، وذلك إذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقاً للعادات التجارية على ما رأينا . ويلاحظ فوق ذلك أن مصارف الائتمان العقارى تقترض هى نفسها — فى صورة سندات تصدرها — نقوداً لآجال طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهى تقوم فى الواقع من الأمر بدور الوسيط بين المقرض والمقترض . ثم إن الحكومة والأشخاص المعنوية العامة (كالبلديات) قد تعقد قروضاً طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيراً فى الإيرادات المؤبدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة إلى التقدم لمساعدة أصحاب الأراضى الزراعية بتسوية ديونهم العقارية إلى آجال طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك فى قوانين التسويات العقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ — كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل مركزاً خاصاً يبرر استصدار تشريع استثنائى بشأنها فى المعنى المتقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعاً بقانون فى هذا المعنى ، ولكنه لا يزال مشروعاً حتى كتابة هذه السطور .

وغنى عن البيان أنه يجب أن تستبقى فى التقنين المدنى القاعدة الأصلية — وهى عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال — لمواجهة حالة المرابى المحترف الذى يمد لمدينه فى أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر فى أخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك إلى تقاضى رأس ماله أضعافاً مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، إذا صدر ، تشريعاً استثنائياً يعالج حالة الائتمان العقارى وحدها .

قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد فى الحالتين فوائد سنة على الأقل . فكانت الفوائد على متجمد الفوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts) جائزة إذن فى حالتين : (١) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائياً بفوائد على هذه الفوائد ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . (٢) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه الفوائد المتجمدة تنتج فوائد بسعر معين ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة أيضاً ، عن طريق الاتفاق ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية(١) . وقد كان هذا هو أيضاً ، بوجه عام ، حكم التقنين المدنى السابق (انظر م ١٨٦/١٢٦)(٢) .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يغب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر فى زيادة أعباء المدين ، ولاسيما بعد أن عمدت بعض التقنينات الحديثة إلى تحريمها . . . بيد أنه رأى إباحتها بشروط ثلاثة فاشترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن تكون مستحقة عن سنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد أو يطالب به الدائن قضائياً بعد أن يصبح ما يراد تجميده منها مستحق الأداء — قارن المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المصرى (السابق) ويظهر أنها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى القضاءان المصرى والفرنسى على ذلك خلافا لرأى الفقه فى فرنسا — ولا يشترط فى هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩) .

(٢) انظر فى فوائد الفوائد أو الربح المركب فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ — استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧/٥ و ٢/١٢١/٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط عدد كامل من السنين تتجمد فيه الفوائد ، فكسور السنة تتجمد فوائدها إن أضيفت إلى فوائد سنة أو سنتين أو أكثر (بور سعيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٣٠٣). على أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد ليست بذات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودرى وبارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) أنه إذا جمدت الفوائد كل سنة ، بسعر ٥ ٪ ، تضاعف رأس المال فى ١٤و٢١ سنة، وإذا كان تجميدها كل شهر تضاعف رأس المال فى ١٣و٩٣ سنة ، وإذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف رأس المال فى ١٣و٧٨ سنة ، فالفرق فى المدد التى يتضاعف فيها رأس المال ليس إذن بكبير . =

وسار المشروع التمهيدى فى مراحله المختلفة ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد الفوائد إطلاقاً ، مقتدية فى ذلك ببعض التقنينات الحديثة[١] ، وهذا هو الرأى الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد[٢] . والواقع أن تقاضى فوائد على متجمد الفوائد لا يخلو من الخطر ، فان رأس المال إذا أقرض بسعر ٤ ٪ ، تضاعف إذا كان الربح بسيطاً فى ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف إذا كان الربح مركباً فى ١٩ سنة فقط . وإذا قرض بسعر ٥ ٪ ، تضاعف فى ٢٠ سنة إذا كان الربح بسيطاً ، وفى ١٤ سنة إذا كان الربح مركباً . وإذا أقرض بسعر ٧ ٪ تضاعف فى ١٤ سنة فى حالة الربح البسيط ، وفى ١٠ سنوات فى حالة الربح المركب . فالفرق كبير إذن بين الربح المركب والربح البسيط ، وقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعا فى تحريم الأرباح المركبة[٣] .

= وكان يشترط فى عهد التقنين المدنى السابق أن تكون المطالبة القضائية بعد تجمد الفوائد لا قبل التجمد (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤) . أما بالنسبة إلى الاتفاق فكان يجوز أن يتم الاتفاق قبل تجمد الفوائد (استئناف أهلى ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) . وفى فرنسا يجيز القضاء الاتفاق مقدماً قبل تجمد الفوائد ، ولكن الفقه لا يجيز الاتفاق إلا بعد أن تتجمد الفوائد ، ويحتج بنص المادة ١١٥٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تقضى بعدم جواز الاتفاق على تجمد الفوائد إلا بعد استحقاقها (les intérêts échus des capitaux) (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٧ — وانظر فى الفوائد على متجمد الفوائد فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٥ — ص ١٦٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٤١ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٥ — فقرة ٤٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقره ٨٨٧ — فقرة ٨٩٠ .

(١) انظر تقنين الالتزامات السويسرى م ١٠٥ فقرة ٢ (ومع ذلك انظر م ٣١٤ فقرة ٣) — التقنين المدنى الألمانى م ٢٨٩ فقرة أولى (ومع ذلك فقد أجاز التقنين المدنى الألمانى التعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بفوائد الدين) — التقنين الشيلى م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ — وكان قانون جوستنيان والقانون الفرنسى القديم يحرمان تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفا فقرة ٥١٦ فى الهامش .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الأرباح المركبة التى استحدثها التقنين المدنى الجديد تعتبر من قواعد النظام العام ، فإنها تسرى منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج أثره إلى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجمد من الفوائد إلى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة سنة على =

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم :

(أولا) ما تقضى به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة فى بعض الحالات . وقد ورد فى المذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويلاحظ أخيراً أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلا إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة فى الحساب الجارى ، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية[1] » .

(ثانياً) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد ، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة[2] والاستحقاق فى الوقف ، لا تعتبر فى حكم الفوائد ، فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات . فاذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدماً على أن تأخر المستأجر فى دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولا يعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هى بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها[3] .

= الأقل ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى الدائن عنه أية فوائد طبقاً لقاعدة التحريم الجديدة . وإذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتياً عن طريق المطالبة القضائية ، فإذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لأن الأحكام تستند إلى يوم رفع الدعوى . أما إذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الأصلى قد عقد قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩ .

(٢) أما الإيرادات الدائمة فهى تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الأرباح المركبة أو من تقييدها إلا بنص صريح . وهذا النص لم يكن موجودا فى التقنين المدنى السابق ولم يوجد فى التقنين المدنى الجديد . وهو موجود فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٥٥ من هذا التقنين . ويبررون فى فرنسا استثناء الإيرادات الدائمة من قيود الأرباح المركبة باعتبارين: الاعتبار الأول أنه لا يخشى فى الإيرادات المؤبدة أن تتراكم على المدين الفوائد مع رأس المال ، لأن المدين لا يلتزم برد رأس المال إلا فى الوقت الذى يختاره هو . والاعتبار الثانى أن القيود الواردة على الأرباح المركبة إنما قصد بها المرابون دون غيرهم ، والمرابون لا يقرضون نقودهم فى مقابل إيراد دائم ، بل يقرضونها لأجل (انظر فى ذلك بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٢) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال=

والذى يميز الفوائد بمعناها الفنى الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ، أن الفوائد هى ريع دورى عن مبلغ من النقود ، أما الاستحقاقات الدورية فهى إما أن تكون ريعاً دورياً عن رأس مال ليس مبلغاً من النقود [1]، وإما أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود ولكنها ليست بريع دورى[2] .

المطلب الثانى

جواز الزيادة على الحدود المقررة

٥٢١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= من حيث استحقاق الفوائد عنها » . فحذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ (انظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ فى الهامش) . ولكن يكفى تطبيق القواعد العامة للوصول إلى هذا الحكم ، وقد ورد فى هذا الصدد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – وقد كان هذا المشروع يجيز الأرباح المركبة بشروط كما قدمنا — ما يأتى : « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات فى مواعيد دورية كالأجرة والإيرادات الدائمة (كذا) أو المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفنى الدقيق . فيجوز تجميد الأجر والإيرادات وما إليهما دون حاجة إلى توافر الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لا تفترق عن سائر ضروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهى تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء . ولا يشترط فوق هذا أن يحل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الأقل . وكذلك يكون الحكم فى رد الثمرات والفوائد التى يتولى الغير أداءها للدائن وفاء لدين المدين — انظر المادة ١١٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) – وانظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ — ص ١٧١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١ — فقرة ٥٤٥ — ديموج ٦ فقرة ٤٢١ — فقرة ٤٢٦ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩١ .

(١) وذلك كالأجرة والاستحقاق فى الوقف (الخيرى بعد إلغاء الوقف الأهلى) والثمرات التى يردها الحائز بسوء نية مع فوائدها .

(٢) وذلك كالإيرادات المرتبة مدى الحياة فأنها ليست مجرد ريع بل يدخل فيها جزء من رأس المال — وإذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فأنه يرجع عليه بما وفاه من هذه الفوائد ، وتعتبر رأس مال بالنسبة إلى الغير الذى وفاها ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليهـا وفقاً للقواعد العامة (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

« يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يأتى :

« الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى »(١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٢٧/١٨٧ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربيــة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٣٢ و٢٣٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١٧٣ فقرة ٢ و١٧٥ ، وفى التقنين المدنى الليبى المـادتين ٢٣٤ و٢٣٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٦٥ فقرة ثانية (٣).

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بسوء نية » بعبارة « بغش منه أو بخطأ جسيم » ، تمشياً مع التعديل الذى أجرى فى المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مدنى)، وأصبحت المادة رقمها ٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص ٥٩٣ — ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لمـا استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ وص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٢٧/١٨٧ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز أن يختلف قدر الفوائد التجارية فى الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات . وتنضم الفوائد المتجمدة للأصل فى الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية » . ولا فرق فى هذا الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٢و٢٣٤ (مطابقتان للمادتين ٢٣١و٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

ويستخلص من النصوص المتقدمة أن هنـاك حالتين يمكن فيهما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم : (١) تسبب المدين بسوء نية فى إحداث ضرر يجاوزالفوائد (٢) الحساب الجارى .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ — تسبب المدين بسوء نية فى احداث ضرر يجاوز الفوائد : تقضى المادة ٢٣١ مدنى ، كما رأينا ، بجواز أن يطالب الدائن بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن المدين قد تسبب بسوء نية فى إحداث ضرر يجاوز الضرر الذى جعلت الفوائد تعويضاً له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مر نص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقضى بأنه « إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع ، فللقـاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » . والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية فى إلحاق ضرر استثنائى بالمدين ومن ثم جاز للقاضى تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية فى إلحاق ضرر استثنائى بالدائن ومن ثم جاز للقاضى زيادة الفوائد . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣١ يوسع فى النص فيقضى بالتعويض التكميلى فى حالة ارتكاب المدين لغش أو لخطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ يكتنى بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فعـدلت لجنة مجلس الشيوخ النصين ، وقصرت الحكم فى كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدين .

على أن هناك نصاً مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتقضى بأنه

= التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ عراقى تضيف إلى غش المدين خطأه الجسيم) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٤ و ٢٣٦ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير أنه إذا كان المديون سيىء النية ، جاز أن يعطى عوض إضافى للدائن الذى أضر به امتناع غير مشروع . (وتوافق فى الحكم حكم المـادة ٢٣١ من التقنين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٥ — ص ٣٦) .

« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما » . والتماثل بين النصين هو أيضاً واضح : فى الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق فى تعويض إضافى . ولا يفرق بين الحالتين إلا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض فى شرط جزائى ، وفى الحالة الثانية التعويض هو عن مبلغ من النقود سواء اتفق عليه أو كان بالسعر القانونى . ومن أجل هذا التماثل عمد المشروع التمهيدى إلى المساواة فى الشروط ما بين الحالتين ، فاشترط فى كل منهما غش المدين أو خطأه الجسيم(١). ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و٢٢٩ ، دون التماثل ما بين المادتين ٢٣١ و٢٢٥ ، فحذفت « الخطأ الجسيم » ، واقتصرت على « غش المدين » كما مر القول .

والنص الذى نحن بصدده — المادة ٢٣١ — نص جديد لم يكن له مقابل فى التقنين المدنى السابق . ولكن يمكن القول إنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . والمبدأ الذى يقوم عليه النص — كما هو الأمر فى المادة ٢٢٩ — هو مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، والمدين إذا تسبب بسوء نيته فى إحداث ضرر استثنائى بالدائن فهو إنما يتعسف فى استعمال حقه فى الدفاع ، كما يتعسف الدائن فى استعمال حقه فى المطالبة(٢).

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ — ص ٥٩٤ .

(٢) بل إن القضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق كان يقضى بأنه إذا كان للدائن لا حق له إلا فى الفوائد القانونية أو الاتفاقية تعويضاً له عن تأخر المدين فى وفاء ما عليه ، إلا أنه يجوز أن يكون له حق فى تعويضات أخرى غير الفوائد إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين وبسبب إهماله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٢ — الأقصر ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٣٠) ، فكان مجرد إهمال المدين يكفى للحكم عليه بتعويض تكميلى ، وليس من الضرورى أن يكون سيء النية .

وقد كان القضاء الفرنسى مستقراً هو أيضاً على هذا المعنى . وصدر فى فرنسا قانون فى ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى (المعدلة بهذا القانون) تقضى بأنه يجوز للدائن ، الذى ألحق به المدين المتأخر فى الوفاء عن سوء نية ضرراً غير مجرد التأخر ، أن يحصل على تعويض =

وتطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) إحداث ضرر استثنائى بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاء المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالماً بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فان لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس ، أو يكون المدين عالماً بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه ففاتته الصفقة بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه .فنى الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفى الحالة الثانية فاته ربح كبير[1] .

(الشرط الثانى) سوء نية المدين : فلا يكفى حدوث الضرر الاستثنائى على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين سيىء النية فى عدم الوفاء بالتزامه . ومجرد علمه بالضرر الاستثنائى لا يكفى لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر .

والدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائى وسوء نية المدين . ومتى أثبت ذلك ، كان له أن يتقاضى من المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة فى ذمة المدين لتأخره

= آخر مستقل عن فوائد الدين (انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ — ص ١٦٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٧ - ديموج ٦ فقرة ٤٠٣ — فقرة ٤٠٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٩ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٨٩ ص ٤٢٨ ص ٤٢٩ — انظر أيضاً المادة ١٠٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢٨٨ من التقنين المدنى الألمانى) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر ، أما فى التقنين المدنى المصرى فقد يكون الضرر ناشئاً عن مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضرراً استثنائياً غير مألوف (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩١ ص ١١٦) .

(١) ويضرب أوبرى ورو مثلا : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغاً من النقود حتى يتمكن من استعمال حق استرداد ، ثم لا يفى بوعده ، فيضيع على صاحب حق الاسترداد حقه . فى هذه الحالة يرجع الموعود بالقرض على الواعد بتعويض يساوى الضرر الذى أصابه من جراء ضياع حقه فى الاسترداد ، ولو زاد هذا التعويض على الفوائد التى يقررها القانون (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ وهامش رقم ٥٠ — أنظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٨) .

فى الوفاء بالدين[١]. وهذا التعويض التكميلى هو التعويض عن الضرر الاستثنائى الذى ألحقه المدين بالدائن بسوء نيته ، فيجرى فى شأنه قواعد التقدير القضائى للتعويض ، ويقاس بمقدار مالحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

٥٢٣ — الحساب الجارى : وتقضى المادة ٢٣٣ مدنى ، كما رأينا ، باستثناء الحساب الجارى من بعض القواعد التى تقررت فى نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجارى ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتى :

أولا — من ناحية المطالبة القضائية : لايشترط فى سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة إلى الحساب الجارى المطالبة القضائية ، بل ولا الإعذار . فمجرد الخصم والإضافة فى الحساب الجارى يجعل الفوائد التأخيرية تسرى دون حاجة إلى أى إجراء آخر[٢]. وقد تقدم ذكر ذلك .

ثانياً — من ناحية السعر القانونى التجارى : وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٣ مدنى . فالسعر القانونى التجارى للفوائد التأخيرية هو ، كما قدمنا ، ٥ ٪ . ولكن فى الحساب الجارى يختلف هذا السعر ، وفقاً للعرف التجارى ، بحسب اختلاف الجهات . فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥ ٪ . والحساب الجارى لا يستثنى فى هذه الناحية إلا فى السعر القانونى التجارى . فلا يستثنى فى السعر القانونى المدنى وهو ٤ ٪ ، بل ينطبق هذا السعر عليه . كذلك لا يستثنى فى السعر الاتفاقى ، فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة إلى الحساب الجارى ، هو ٧ ٪ [٣] .

---

(١) ويلاحظ أن الفوائد لا يمكن إلا أن تكون فوائد تأخيرية كما هو الأمر فى صدد المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاقى أو بسعر قانونى .

(٢) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ — ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ — فاذا ما أقفل الحساب الجارى صار رصيده ديناً تستحق عليه الفوائد من وقت إقفال الحساب الجارى (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٣ — ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٥ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩) ، اتفاقية كانت أو قانونية .

(٣) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .

ثالثاً — من ناحية تجمد الفوائد وتقاضى فوائد على المتجمد منها : وهنا أيضاً يستثنى الحساب الجارى ، كما تقضى بذلك المادة ٢٣٣ مدنى[١]. فقد رأينا أن الفوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجارى من هذا التحريم. ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى[٢] .

رابعاً — من ناحية عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب الجارى يستثنى من هذا الحظر ، لأن هذا هو ما تقضى به القواعد والعادات التجارية[٣] .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٢) ويؤسس بودرى وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة (indivisibitité du compte courant) ، فلا يصح أن يتجزأ رصيد الحساب الجارى فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل إن عناصر الحساب الجارى تفقد ذاتيتها وتندمج جميعاً ، بطريق التجديد ، فى وحدة لاتتميز فيها الفوائد عن رأس المال (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدى إلى استثناء الحساب الجارى من قاعدة تحريم الربح المركب، حتى لو كان حساباً غير تجارى ، لأن طبيعة الحساب الجارى واحدة ، تجارياً كان الحساب أو مدنياً (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٢٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد استثناءات الحساب الجارى ماياتى : «ويراعى أن الحساب الجارى خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكماً فيه . فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق ببدء سريان فوائد التأخير وفيما يتعلق بتجميد الفوائد . وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونية التجارية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥ ٪، بل يجوز أن يختلف تبعاً لتفاوت الأسعار الجارية فى الأسواق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) .

وهذه الاستثناءات بالنسبة إلى الحساب الجارى كان معمولا بها فى التقنين المدنى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٨) .

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ — أموال المدين ضامنة لالتزاماته — نصوص قانونية :
تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » .

« ٢ — وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » [1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٥٥٤ — ٥٥٥ / ٦٧٨ — ٦٧٩ [2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٣٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٦٠ ، وفى التقنين المدنى الليبى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ — ص ٦٠٢) .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٢ وص ٦٠٣ .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٦٧٨/٥٥٤ : الدائنون على خمسة أنواع : الأول — الدائنون العاديون الذين يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم ...
م٦٧٩/٥٥٥ : يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة فى القانون .

ولا يوجد فرق مابين التقنينين الجديد والقديم فى هذه المبادىء العامة .

المادة ٢٣٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٦٨ — ٢٧١ و ٢٧٥ (1).

ويتبين من النص المتقدم أن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٥ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٨ : للدائن حق ارتهان عام على مملوك المديون لا على أفراد ممتلكاته . وهذا الحق، الذى يكسب الدائن صفة الخلف العام للمديون ، لا يمنحه حق التتبع ولا حق الأفضلية . فالدائنون العاديون هم فى الأساس متساوون ، لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التى نشأت فيها حقوقهم ، إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الاتفاق . م ٢٦٩ : لحق ارتهان الدائن خصائص كل منها وسيلة موضوعة رهن تصرفه ليتمكن بها من الحصول على ما يحق له — وبعض تلك الوسائل احتياطى محض ، وبعضها يرمى مباشرة إلى التنفيذ الإجبارى . وهناك فئة ثالثة من الوسائل متوسطة بين الفئتين السابقتين ، وضعت لتمهيد سبيل التنفيذ الإجبارى وإعداد أسبابه . م ٢٧٠ : إن الوسائل الاحتياطية ، كوضع الأختام وقيد الرهن وقطع مرور الزمن الجارى ، يحق لكل دائن أن يتذرع بها وإن كان حقه معلقاً على أجل أو على شرط . م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهى بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء — وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذى ، ومنها أيضاً طريقة التغريم (م ٢٥١) وحق الحبس ، أى حق كل شخص دائن ومديون معاً فى معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . م ٢٧٥ : إن الوسائل المتوسطة التى تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتهان الدائن بدون أن يتم ذلك التنفيذ هى : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية وحق التفريق بين مملوكين .

وهذه النصوص تتفق مع المبادىء العامة التى تراعى فى التقنين المدنى المصرى والتقنينات المدنية العربية، والتى سنوردها فيما يلى . ولكن يلاحظ ما يأتى : (١) صرح التقنين اللبنانى أن الدائن خلف عام للمدين، وهذه مسألة فقهية يحسن ألا يعرض لها المشرع . (٢) جعل التقنين اللبنانى حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب إلى الطرق المتوسطة لأنه يمهد للتنفيذ دون أن يحققه . (٣) ذكر التقنين اللبنانى « حق التفريق بين مملوكين » (sépartion des patrimoines) بين الوسائل المتوسطة ، وفى هذا يقوم بعض الجدل (انظر دى باج ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٩٣) . وهو على كل حال متصل بالميراث فى القانون الفرنسى ، وذكره على هذا الوصف بلانيول وريبير وردوان ، وكذلك جوسران ، وسار التقنين اللبنانى على غرار جوسران . (٤) أغفل التقنين اللبنانى دعوى الصورية ، كما أغفلها التقنين الفرنسى . ولكن هذه الدعوى معترف بها فى لبنان ، تطبيقاً للقواعد العامة ولبعض نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية (م ١٦٠—١٦١) ، وانظر أيضاً فى الاسم المستعار (prête-nom) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦٨ — ص ٧١) .

وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان بطريق التعويض ، فان مال المدين هو الذى يكون محلا لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هى إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يلتبس هذا الضمان العام بالتأمين الخاص الذى يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه ، فيقدمه على غيره من الدائنين . فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيه دائن على آخر . وإنما يتقدم الدائن على غيره إذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من النص عند ما قالت : «إلا من كان لهم حق التقدم طبقاً للقانون» . ولكن هذا التقدم لا يستمده الدائن من الضمان العام ، وإنما يستمده من التأمين الخاص ، وبالنسبة إلى العين التى يقع عليها هذا التأمين وحدها .

ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد من الدائنين . فاذا باع المدين شيئاً من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادى أن يتتبعه فى يد المشترى كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على المال (١) . فعقد البيع الصادر من المدين يسرى إذن فى حق الدائن . وقد حمل ذلك بعض الفقهاء إلى القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، ما دام تصرف المدين ينقص أو يزيد فى الضمان العام (٢) . والصحيح أن الدائن العادى لا يعتبر خلفاً عاماً ولا

---

(١) وهذه هى إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) ، إذ الذمة المالية هى مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الذمة مجموع (universalité) من المال . ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذى يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل فى ملكه اندمج فى المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره (انظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ١ ص ١٧ هامش رقم ١ — وانظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ — ٦٥٠) — ثم انظر فى رفض نظرية الذمة المالية الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة فى نظرية الذمة المالية) .

(٢) انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٦٨ — وانظر عكس ذلك كولان وكابيتان وموранديير ٢ فقرة ٤٢٢ .

خلفاً خاصاً للمدين . و إنما هو ممن يسرى فى حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait matériel) أنقصت أو زادت فى ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانونى (acte juridique) أنشأ حقاً أو التزاماً فى جانبه[١].

والضمان العام الذى للدائن يخول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا. وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هى وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وهذه الطرق جميعاً إنما تترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والغرض منها هو تأكيده وتقويته[٢].

٥٢٥ — الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ فى شأنها إجراءات تحفظية . على أن هناك بعضاً من هذه الأموال استثناه القانون[٣]. من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز النزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكنى (م٩٩٧ مدنى) ، فلا يجوز إذن التنفيذ على هذه الأموال ولا الحجز عليها . ومن ذلك أموال لايجوز التنفيذ عليها لأسباب إنسانية ترجع إلى الشفقة بالمدين

---

(١) وإذا كان الخلف يسرى فى حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير فى حقه يعتبر خلفاً له . وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التى يسرى تصرف الغير فى حقها . وكما يسرى التصرف فى حق الخلف ، يسرى فى حق الأصيل وفى حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير وفى حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً .

(٢) *انظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و٢٧٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وقد سبق* ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٥٢٤ فى الهامش) .

(٣) *وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصوصاً تضع قيوداً على حق الدائن فى التنفيذ على* أموال مدينه ، هى المواد ٣٢٦ — ٣٣٠ من هذا المشروع . وقد حذفت هذه المواد فى لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بما جاء فى تقنين المرافعات فى هذا الشأن . ولكن تقنين المرافعات لم يشتمل على هذه المواد جميعاً ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٣٢٧ من المشروع التمهيدى : إذا أثبت المدين أن صافى ما تغله أمواله من إيراد خالص فى سنة واحدة يفى بسداد الدين من أصل وفوائد ومصروفات ، *وعرض أن يفوض الدائن فى استيفاء هذا الإيراد ، جاز إيقاف إجراءات التنفيذ ،* على أن يعود إليها الدائن إذا جد ما يحول دون استيفائه لحقه . م ٣٢٩ من المشروع التمهيدى : ١ — *إذا كان بعض مال المدين يفى بحق الدائن كاملا ، وجب قصر إجراءات التنفيذ على هذا* المال . ٢ — ويبدأ الدائن بالمال الذى يكون بيعه أقل كلفة على المدين . (انظر هذه النصوص ومذكراتها الإيضاحية وأعمالها التحضيرية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٩ — ص ٦٤٦ فى الهوامش) .

والرغبة فى أن يترك له الكفاف من العيش . وقد نصت المادة ٤٨٤ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز الحجز على الفراش اللازم للمدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة ، ولا على ما يرتدونه من الشباب » . ونصت المادة ٤٨٥ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة : (١) الكتب اللازمة لمهنة المدين وأدوات الصناعة التى يستعملها بنفسه فى عمله . (٢) العتاد الحربى المملوك له إذا كان من العسكريين مع مراعاة رتبته . (٣) الحبوب والدقيق اللازمين لقوته هو وعائلته لمدة شهر . (٤) جاموسة أو بقرة أو ثلاث من الماعز أو النعاج مما ينتفع به المدين وما يلزم لغذائها لمدة شهر ، والخيار للمدين » . ونصت المادة ٤٨٦ على أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ونصت المادة ٤٨٧ على أن « المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائنى الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية إلا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المبينة فى المادة السابقة[1] » . ونصت المادة ٤٨٨ على أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ونصت المادة ٤٨٩ على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية » . ونصت المادة ٤٩٠ على أن « العمل بالأحكام المتقدمة لا يخل بالقواعد المقررة أو التى تقرر فى القوانين الخاصة بشأن عدم جواز الحجز أو التنفيذ أو التنازل » . ومن ذلك قانون الخمسة الأفدنة (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢) .

وفيما عدا ما تقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة إلى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق

---

(١) انظر أيضاً المادتين ٨٢٣ — ٨٢٤ من التقنين المدنى .

التحفظية والطرق التنفيذية .

والطرق التحفظية على نوعين : (١) طرق يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذى يريد التنفيذ به ، أى يتخذه فى ماله . مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق حتى يمنعه من السقوط ، أو أن يقوم بقيد رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيد هذا الرهن ، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين ، أو نحو ذلك . (٢) وطرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع ، وهى الضمان العام لحقه كما قدمنا . مثل ذلك أن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو إفلاسه ، أو أن يحرر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) ، أو أن يتدخل خصماً ثالثاً فى الدعاوى التى ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعوى ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم إضراراً بحقوقه[1] .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (م ٤٥٩ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذى (titre exécutoire) . والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة إلى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقاً بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لايعترضه من الصعاب إلا إشكالات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة فى التنبيه (commandement) الذى يسبق التنفيذ، أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير أو أن يقدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٥٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٨١ .

ويلاحظ أن الدائن يتخذ هذه الإجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nomine) لا باسم المدين ، فهو يستعمل حقاً مباشراً له لا حقاً لمدينه . ولما كان الإجراء الذى يتخذه الدائن هو مجرد إجراء تحفظى ، فانه يجوز له اتخاذه حتى لو كان حقه مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، بل حتى لو كان حقه حقاً احتمالياً على خلاف فى الرأى (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

الأمر فى النهاية إلى القضاء ، والحكم الذى يصدره القضاء هو الذى يصبح السند التنفيذى بعد ذلك (١) .

فاذا ما حصل الدائن على السند التنفيذى أمكنه التنفيذ به على أموال المدين (٢). والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصل تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين (م ٤٩٨–٥٤٢ مرافعات) ، وحجز ما للمدين لدى الغير (م ٥٤٣–٦٠٩ مرافعات) ، والتنفيذ على عقارات المدين (م ٦١٠–٧١١ مرافعات) . ثم نظم هذا التقنين أيضاً إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (م ٧٢٤–٧٨٥ مرافعات).

(١) هذا إلى أنه لا يمكن بالورقة الرسمية إلا تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضى الحصول على حكم لتقدير التعويض إذا لم يكن مقدراً فى شرط جزائى . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز إعطاء المدين مهلة (délai de grâce) لتنفيذ التزامه . انظر فى كل ذلك دى باج ٣ فقرة ٩١ .

(٢) ويوجد إلى جانب الحجوز التنفيذية ، حجوز تحفظية وهذه لا تقتضى الحصول على سند تنفيذى . ومن أهم الحجوز التحفظية حجز ما للمدين لدى الغير حجزاً تحفظياً . وتوجد حجوز تحفظية أخرى تكفل ببيانها تقنين المرافعات . فقد نصت المادة ٦٠١ من هذا التقنين على أن « للدائن أن يوقع الحجز التحفظى على منقولات مدينه فى الأحوال الآتية :(١) إذا لم يكن للمدين موطن مستقر بمصر . (٢) إذا خشى الدائن فرار مدينه وكان لذلك أسباب جدية (٣) إذا كانت تأمينات الدين مهددة بالضياع (٤) إذا كان الدائن حاملا لكبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . (٥) إذا كان المدين تاجراً وقامت أسباب جدية يتوقع معها تهريب أمواله أو إخفاؤها » . ونصت المادة ٦٠٢ على أن « لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر فى القانون المدنى ... » . ونصت المادة ٦٠٣ على أن « لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظى عليه عند من يحوزه » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لا يوقع الحجز التحفظى فى الأحوال المتقدمة الذكر إلا بأمر من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التابع لها موطن المحجوز عليه ، ولا يجوز الأمر به لحق غير حال الأداء أو غير محقق الوجود . ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الأمر إذا كان بيد الدائن حكم غير واجب النفاذ ... » . ونصت المادة ٦٠٧ على أنه « إذا حكم بصحة الحجز فتتبع الإجراءات المقررة للبيع فى الفصل الأول من هذا الباب ، أو يجرى التنفيذ بتسليم المنقول فى الحالة المشار إليها فى المادة ٦٠٣ » . ونصت المادة ٦٠٩ على أنه « إذا حكم ببطلان الحجز التحفظى أو بإلغائه لانعدام أساسه ، جاز الحكم على الحاجز بغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً فضلا عن التضمينات للمحجوز عليه » .

٥٢٦ — طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : قدمنا أن هناك طرقاً وسطاً ما بين التحفظية والتنفيـذية . فلا هى مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر فى الطرق التحفظية ، ولا هى تؤدى مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر فى الطرق التنفيـذية . بل هى بين بين . فهى أقوى من الطرق التحفظية إذ هى تمهيد للتنفيذ ، وهى أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه[1] .

وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذى تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها فى ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره . وهذه الطرق من مباحث القانون المدنى لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول .

وقد عدد التقنين المدنى الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثاً وطريقين آخرين استحدثهما هذا التقنين .

أما الدعاوى الثلاث فهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . ففى الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفى الثانية — الدعوى البولصية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف فى ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفى الثالثة — دعوى الصورية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف فى ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صورى ، فيطعن الدائن فى هـذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ ص ٢٢٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٩ — دى باج ٣ فقرة ١٧٧ .

بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه . فالدائن فى هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى فى ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها فى فكرة الضمان العام للدائنين(١) .

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدنى تجديداً ، هو حق الدائن فى حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء ما بين التحفظى والتنفيذى . فهو أقوى من التحفظى لأن الدائن إنما يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذى لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفى حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس .

ويلاحظ أن هذه الطرق الأربعة — الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس — كلها إجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصى . ثم هى إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه .

والطريق الخامس هو أيضاً إجراء فردى ، يتخذه أى دائن بمفرده ، ولكنه إجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هو شهر إعسار المدين . فقد

---

(١) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يجوز للدائن ، بما له من الحق على أموال مدينه ، أن يستعمل حقوق هذا المدين . وله أيضاً أن يطعن فى تصرفاته إذا انطوت على الغش أو كانت صورية . وعليه أن يراعى فى كل ذلك القواعد المنصوص عليها فى المواد الآتية » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص : « يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقاً للمبدأ الذى تقدمت الإشارة إليه ، أثر على بالغ الأهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمنزلة الأصل والعلة من دعاوى ثلاث ، شرعت لتتيح لكل دائن من الدائنين أن يدرأ عن حقوقه ما قد ينالها من جراء إهمال المدين أو سوء نيته : وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية فالدائن إذا استعمل حقوق مدينه ، أو طعن فى تصرفاته المعقودة إضراراً به ، حقيقية كانت تلك التصرفات أو صورية ، لا ينتهى نشاطه إلا إلى المحافظة على أموال هـذا المدين ، وهى قوام ما كفل له القانون من ضمان » .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد تعداد لما سيأتى (انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

تكفل التقنين الجديد – على خلاف التقنين السابق وأكثر التقنينات اللاتينية – بتنظيم إجراءات هذا الإعسار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفى حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فاجراءات الإعسار هى أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهى إجراءات أقوى من الإجراءات التحفظية إذ هى تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لا بد للدائن من اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذى شهر إعساره .

فنبحث إذن فى فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

(١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) ونذيلها بالدعوى المباشرة (action directe) .

(٢) الدعوى البولصية (action paulienne, révocatoire) .

(٣) دعوى الصورية (action en simulation) .

(٤) الحق فى الحبس (droit de rétention) .

(٥) الإعسار (déconfiture) .

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة* والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire — Action directe)

٥٢٧ — خطة البحث : نبحث : (أولا) شروط الدعوى غير المباشرة . (ثانياً) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثاً) الدعوى المباشرة .

الفرع الاول

شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » .

« ٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار . ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن

---

* مراجع فى الدعوى غير المباشرة : لابيه (Labbé) فى استعمال الدائن لحقوق المدين (مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ — بسك (Bosc) بحث فى حق الدائنين فى استعمال دعاوى مدينيهم رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ — دبييه (Dubey) فى الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجون سنة ١٩٣٦ .

يجب إدخاله خصماً فى الدعوى[1] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٤١/٢٠٢[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٣٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٦١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٣٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٦ الفقرات ١و٢و٣[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وأن عدم استعماله لها » الواردة فى الفقرة الثانية فقد كانت فى المشروع التمهيدى « وأن إهماله فى ذلك » . وفى لجنة المراجعة استبدلت العبارة الأولى بالعبارة الثانية ، وأصبح رقم المادة ٢٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ — ص ٦١٠) .

(٢) كانت المادة ١٤١/٢٠٢ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ، إلا لمداينى العاقد ، فانه يجوز لهم بمقتضى مالهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » .

وشروط الدعوى غير المباشرة فى التقنين المدنى الجديد لم تتغير عما كانت عليه فى التقنين المدنى السابق . ولكن نص التقنين الجديد أشد دقة وأوسع تفصيلا من الوجوه الآتية : ١ — لم يجعل التقنين الجديد ، كما فعل التقنين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان العقد فى حق الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التقنين السابق على غرار التقنين المدنى الفرنسى . ٢ — قصر التقنين السابق حقوق المدين التى يستعملها الدائن على الدعاوى التى تنشأ عن المشارطات أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ، والصحيح أن الدائن له أن يستعمل جميع حقوق المدين ، شخصية كانت أو عينية ، دعاوى أو حقوقاً أو مجرد إجراءات كما سنرى . ٣ — جاء التقنين الجديد أكثر تفصيلا لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة على وجوب أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقوقه ، وأن عدم استعماله لها (وهذا كاف لإثبات الإهمال) من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار . واستبعد بنص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة إعذار المدين وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، لكنه اشترط إدخال المدين خصما فى الدعوى (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٣) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٦ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٦١ (مطابقة للمشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى — ولا فرق فى الحكم) .

٥٢٩ – الفكرة الأساسية فى شروط الدعوى غير المباشرة هى وجود مصلحة مشروعة للدائن : ويبين النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة. والفكرة الأساسية التى ترد إليها هذه الشروط جميعاً هى وجود مصلحة مشروعة للدائن. ومصلحة الدائن المشروعة هى التى تبرر نيابته عن المدين ، وهذه هى الفكرة الأساسية الأخرى التى ترد إليها آثار الدعوى غير المباشرة. فعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين – وجود مصلحة مشروعة للدائن ونيابة الدائن عن المدين – تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير المباشرة .

وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين ، وبعضها يرجع إلى الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين .

المبحث الأول

الشروط التى ترجع إلى الدائن

٥٣٠ – لا يشترط فى الدائن إلا أن يكون له حق موجود : الشرط

= التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٨ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ، ما خلا الحقوق والدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواه ، ولا سيما الحقوق والدعاوى التى يخرج موضوعها عن دائرة ارتهانهم – غير أنهم لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه فى إدارة مملوكه ، فهو يبقى متسلماً زمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله – ويجوز للدائنين أن يداعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يجروا مقدماً أية معاملة للحلول محله فى الحقوق والدعاوى المختصة به ، وإن كانوا لا يملكون سنداً تنفيذياً ، ولكنهم لا يستطيعون الشروع فى تلك المداعاة إلا إذا كان دينهم مستحق الأداء .

ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين اللبنانى والمصرى – رغم اختلاف العبارة والأسلوب – إلا فى شىء واحد : صرح التقنين المصرى أن الدائن يستعمل حقوق مدينه ولو لم يكن حقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين اللبنانى ، على النقيض من ذلك ، أن الدائن يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه (انظر فى شرح التقنين اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٥ – ص ٦٠) .

الوحيد فى الدائن هوأن يكون له حق موجود (certain) ، وهذا هو أدنى المراتب فى الدائن ، فلو كان حقه احتمالياً (éventuel) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النزاع (litigieux) ، فان دائنيته لا تكون محققة . ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خالياً من النزاع[١] .

ويلاحظ أن حق الدائن إذا كان مقروناً بأجل أو معلقاً على شرط — سواء كان الأجل أو الشرط فاسخاً أو واقفاً — فانه يكون مع ذلك موجوداً ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه . أما الحق المقرون بالأجل فظاهر ، لأن الحق يكون موجوداً بالرغم من قيام الأجل ، والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته . وأما الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقفاً ، فانه ليس بالحق الاحتمالى ، بل هو حق له وجود قانونى يعتد به ، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدينه . والحق المؤجل أو المعلق على شرط حق موجود ، وإن كان غير مستحق الأداء ، واستحقاق الأداء ليس بشرط كما سنرى[٢] .

٥٣١ — هل يشترط فى حق الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار : انعقد إجماع القضاء والفقه فى فرنسا ، وكذلك فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق ، على أنه يشترط فى الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه هو مستحق الأداء[٣] (exigible) . وقد

(١) بأن سلم المدين أو الخصم المرفوع عليه الدعوى باسم المدين بحق الدائن ، أو نازعا فيه وفض القضاء هذا النزاع لمصلحة الدائن (قارب استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) .

(٢) وقد يقال أنه لا محل فى الدعوى غير المباشرة للكلام فى الحق المؤجل ، فأن هذا الحق بحكم أعسار المدين — والأعسار شرط فى الدعوى غير المباشرة — يصبح مستحق الأداء ، إذ الأعسار يسقط الأجل . وهذا يكون صحيحاً لو أن الأعسار الذى يسقط الأجل هو نفس الأعسار المشروط فى الدعوى غير المباشرة . ولكننا سنرى أن الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين بشروط وإجراءات معينة وبمقتضى حكم يصدر بشهر الإعسار ، أما الإعسار فى الدعوى غير المباشرة فيكفى لتحققه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة إلى صدور حكم بذلك .

(٣) وقد بسطنا هذا الرأى فى كتابنا « نظرية العقد » على الوجه الآتى : « ولكن الرأى =

كنا فى عهد التقنين المدنى السابق لا نذهب إلى ماذهب إليه الجمهور فى هذه المسألة ، وكنا نرى أنه لا يشترط فى استعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار[1] . ويقول بهذا الرأى فى فرنسا — على خلاف الإجماع — الأستاذان كولان وكابيتان ، فهما يذهبان إلى أنه يكفى أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذى تقتضيه القواعد العامة . والدائن الذى يكون حقه غير معلوم المقدار — كالمضرور فى عمل غير مشروع —

= السائد فى فرنسا وفى مصر (فى عهد التقنين المدنى السابق) غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضى بأن يكون الحق مستحق الأداء ، أى أنه يكون خالياً من النزاع مقدراً حالا ، ولا يكفى خلوه من النزاع. وهذا الرأى يستخلصه الفقهاء عامة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل هذه الدعوى فى الاجراءات التحفظية أو فى الأعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة إلى أنها ليست من الأعمال التنفيذية لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ على أموال مدينه . وهى ليست كذلك من الإجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل فى شؤون المدين ، ويزيد فى ما له فى بعض الفروض ، ولا يكتفى بالمحافظة على الموجود منه فى الحالة التى هو عليها كما هو الأمر فى الإجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة إذن هى بين بين ، فهى أقوى من إجراء تحفظى وأضعف من عمل تنفيذى . ولذلك لا يكفى فى الدائن أن يكون حقه خالياً من النزاع كما يكفى ذلك فى الإجراءات التحفظيه ، ولا يشترط أن يكون حقه قابلا للتنفيذ كما يشترط ذلك فى الأعمال التنفيذية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الإجراءات التحفظية دون أن يسمو إلى مرتبة الأعمال التنفيذية . والأهمية العملية لهذا الرأى أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النزاع ولكنها غير مقدرة ، كدائن بتعويض لم يتم تقديره ، أو هى غير مستحقة الأداء ، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف ، يكونون طبقاً لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم » (نظرية العقد فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥) .

انظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ — فقرة ١٠١ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٣ — فقرة ٣٩٥ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٢ وفقرة ٩٨٦ ص ٣٦١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٦ وقارن فقرة ٦٢٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ — نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٣٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ٢٤ — ١ — ٦٧ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — محمد صالح فقرة ٥٩ — فتحى زغلول ص ٣٧٣ . وانظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهى تشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥ – ص ٧٥٦ — انظر أيضاً فى هذا المعنى : عبد السلام ذهنى فقرة ٣٣٠ — محمد صادق فهمى فقرة ٤٥٤ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٧ ص ٤٧٠ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ .

أو يكون حقه غير مستحق الأداء – كالدائن لأجل أو بشرط – له مصلحة مشروعة فى استعمال حقوق مدينه(١) .

ومهما يكن من شك فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد أزال التقنين المدنى الجديد كل شك ، إذ ذكر صراحة فى المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء(٢). وما دام لا يشترط فى الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لا يشترط فيه أن يكون ثابتاً فى سند قابل للتنفيذ (٣).

٣٥٢ — أى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه :

يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره فى الدائن هو أن يكون حقه موجوداً . وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه .

لا فرق فى ذلك بين دائن عادى أو دائن مرتهن أو دائن له حق امتياز (٤) . ويلاحظ أن الدائن إذا كان له تأمين عينى – رهن أو امتياز أو نحو ذلك – فانه يثبت له بذلك صفتان : (أولا) صفته باعتباره ذا تأمين عينى ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه فى العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع ، (ثانيا) صفته باعتباره دائناً شخصياً ، وهو من هذه الناحية ينطبق عليه ما ينطبق على سائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتهن مثلا يتكون ضمانه من عنصرين : الشىء المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهى ضمان عام له ولسائر الدائنين ، فيتأثر بعقود مدينه التى تزيد فى هذه الأموال أو تنقص

---

(١) كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — ويذهب أوبرى ورو إلى عدم اشتراط استحقاق الدين إذا كان الغرض الوحيد من رفع الدعوى غير المباشرة هو مجرد المحافظة على أموال المدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٠ — ص ١٨١ — وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٧ — وانظر المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهى تخول للدائن المقترن حقه بأجل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٣– ص ٦٠٤ وص ٦٠٨ — ص ٦٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٣ ص ١٣٢ .

(٤) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ .

منها ، فله إذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن فى تصرفاته بالدعوى البولصية ودعوى الصورية ، شأنه فى ذلك شأن كل دائن شخصى[١] .

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء فى استعمال حقوق المدين[٢].

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفاً قانونيا أو واقعة مادية ، فالبائع دائن بالثمن ، والمضرور دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثرى بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينهم [٣].

٥٣٣ — ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين :
وليس من الضرورى أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذى يستعمله الدائن ، وذلك بخلاف الدعوى البولصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه . وذلك أنه فى الدعوى البولصية ، كما سنرى ، لايكون تصرف المدين ضاراً بالدائن إلا إذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن . أما فى الدعوى غير المباشرة ، فانه سواء كان حق المدين الذى يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو فى الحالتين داخل فى الضمان العام للدائن ، وله إذن أن يستعمله باسم المدين [٤] .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقاراً بعقد غير مسجل يعتبر دائناً للبائع فى التزامه بنقل الملكية الناشىء عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانوناً فى أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذا البائع الأطيان التى باعها بعقد هو أيضاً غير مسجل ، طالباً إليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى الذى يستحق المبيع فى يده له أن يستعمل حق مدينه البائع فى الرجوع بالضمان على بائع البائع (٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

(٣) ديموج ٧ فقرة ٩٦ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

كذلك للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك فى عقود صدرت من المدين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن [١] .

وينبنى على ما تقدم أنه لايشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فان هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدينه [٢].

٥٣٤ — ولا يشترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير المباشرة : وليست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لايجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا إذا لم يكن أمامه طريق آخر [٣] . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها إلى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغنى بها عن الدعوى غير المباشرة، كالمشترى من المشترى يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت إليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لايمنعه من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشترى مدينه [٤] .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدينه المستأجر على المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشره على كل من هذين [٥].

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ — بودرى وبادر ١ فقرة ٦٣٠.

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

(٣) كذلك لا يستطيع الخصم فى الدعوى غير المباشرة أن يطلب من الدائن تجريد المدين قبل أن يستعمل باسمه حقه (ديموج ٧ فقرة ٩٦٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٥) انظر المادة ٥٩٦ من التقنين المدنى — كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ — محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣١ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٩ — عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١١ .

وقد يستعمل المحال له حق المحيل قبل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة[1].

ولا يشترط أيضاً فى رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن باجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدين قاصراً ووجب عليه أخذ إذن من المحكمة الحسبية أو الحصول على أجازة الولى أو الوصى. فما دام الدائن كامل الأهلية ، فانه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشىء من هذه الإجراءات . ولكن لما كان لابد من إدخال المدين فى الدعوى كما سنرى ، فانه يجب اتخاذ هذه الإجراءات عند إدخاله[2] .

٥٣٥ — ولا يشترط أن يحصل الدائن على اذن من القضاء بحلوله محل المدين : كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوله محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين إنما يستمدها من القانون كما سنرى ، فهو فى غير حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء[3] . هذا إلى أن الإذن القضائى بالحلول

---

(١) ولكن ذلك يكون فى الغالب — وفى عهد التقنين المدنى السابق — إذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليه فى التقنين الأهلى ، فعند ذلك يلجأ المحال له إلى الدعوى غير المباشرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٣ — قارن دى باج ٣ فقرة ١٩٦ — عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ — هذا ولا شك فى أن عدم قيام الدائن بالإجراءات التى كان على المدين أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدين ، فمن مقتضيات النيابة البحث عن الأهلية فى شخص الأصيل وهو هنا المدين لا فى شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها أنها نيابة فى مصلحة النائب لا فى مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الأصيل فى الدعوى مع النائب وهذا أيضاً يخالف المبادىء المعروفة فى النيابة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ هامش رقم ٥) .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٤ (ولكنهما — ص ١٨٠ وص ١٨٢ — لا يشترطان الإذن بالحلول إذا كان الغرض الوحيد للدائن من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدين) .

لم يرد فيه نص[١]، وطبيعة الدعوى لاتقتضيه[٢] ، ومن ثم لاضرورة لإذن قضائى بالحلول إذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزاً تحفظياً على ما المدين مدينه لدى الغير[٣] .

وقد خلص لنا مما تقدم أنه لا يشترط فى الدائن إلا أن يكون حقه موجوداً . وغنى عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجوداً مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه ، فاذا وفى الخصم فى الدعوى غير المباشرة للدائن حقه ، فقد هذا صفته كدائن ولم تعد له مصلحة فى الاستمرار فى استعمال حقوق مدينه[٤] .

المبحث الثانى

الشروط التى ترجع إلى المدين

٥٣٦ — شروط ثلاثة يجب توافرها فى المدين : الأصل فى استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له فى ذلك مصلحة مشروعة عاجلة كما قدمنا ،

---

(١) وذلك كالنص الذى ورد فى المادة ٧٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بوجوب حصول الدائن على إذن قضائى للحلول محل مدينه فى قبول ميراث لهذا المدين (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠) .

(٢) وقد نصت المادة ٢٧٦ فقرة ٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على إذن قضائى فى الحلول محل المدين — على أن الإذن القضائى بالحلول لم يعد له مقتض ما دام لا بد من ادخال المدين فى الدعوى (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ ص ٢٤٦) .

(٣) ولما كان من القواعد المقررة فى حجز ما للمدين لدى الغير أنه لا يجوز للدائن أن يحجز ما للمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة ، أى أنه لا يجوز أن يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه ، كان من الممكن أن يشتبه الأمر فى الدعوى غير المباشرة ، فلا تعطى لدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير ، حتى لا يكون هناك حجز لدى الغير يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد . إلا أن هذه الشبهة تزول إذا لاحظنا أن الدائن الذى يستعمل حق مدينه فى توقيع الحجز تحت يد الغير إنما يستعمل هذا الحق باسم مدينه ، فهو ومدينه فى هذا الحجز شخص واحد ، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه ، هو فى هذه الحالة مدين المدين .

(٤) دى باج ٣ فقرة ٢٠١ .

وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن ، فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتيم هذه النيابة على المدين[١] .

ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن إلا إذا توافر في المدين شرطان : (١) ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فات عليه الحق الذي يريد الدائن استعماله ، أي أن يكون فوات هذا الحق على المدين سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره . (٢) أن يكون مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه .

يضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو إدخال المدين كخصم في الدعوى[٢] .

٥٣٧ — فوات الحق على المدين يكون سبباً في اعساره أو في زيادة اعساره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفي منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقاً للمدين لا مصلحة له في استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجوب أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب اعساره أو يزيد في هذا الإعسار . والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي ، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الإثبات يقع على الدائن لا على المدين . وليس المدين أن ملزماً يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إعساره أو لا يزيد في هذا الإعسار ، بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت أن هذا الحق — ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كاد أن يتملكها بالتقادم — لو ترك في يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه . ويستوي أن تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في إعساره ، أو أن تكون غير كافية إلا للوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ .

المدين سببا فى زيادة إعساره ، ففى جميع هذه الأحوال يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين ، وأن يرفع باسم المدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا تخرج العين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفى منها حقه أو بعض حقه . ولو لم يمكن القانون الدائن من ذلك ، فملك الحائز العين بالتقادم ، لكان هذا سبباً فى وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين فى المحافظة على أمواله[١] .

٥٣٨ — تقصير المدين فى عدم استعمال حقه بنفسه : ولا يكفى أن يكون عدم استعمال المدين لحقه سبباً فى إعساره أو زيادة إعساره ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين مقصراً فى عدم استعمال حقه بنفسه . أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه ، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فانه يستطيع أن يفعل . ويجب فى هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضى فى الإجراءات التى بدأها ، وأن يترك اتمامها للمدين(٢). وكذلك الحال لو أن المدين ، عندما أدخل فى الدعوى ، عمد الى مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفاً ايجابيا فى ذلك ، ولم يكتف بأن يكون موقفه سلبيا من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الحق[٣].

---

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ — ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ — ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — مصر الكلية المختلطة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ — قارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

(٣) بل إن المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصما فيها ، بأن يتفق مع الخصم على إنهاء النزاع صلحاً . وليس للدائن أن يعترض على ذلك ، فإن المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الإضرار بالدائن ، فلهذا أن يطعن فى هذه الحالة بالدعوى البولصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ هامش رقم ٣) .

وفى حالة ما إذا باشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصما فى الدعوى وخاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصما ثالثاً ليرقب بنفسه الإجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه فى الدفاع عن حقه[١]. وله إلى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البولصية إذا تواطأ المدين فعلا مع الخصم للإضرار به[٢] .

وعبء إثبات تقصير المدين فى استعمال حقه يقع على الدائن . ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغى أن يفعل إذ أن موقفه السلبي هذا يهدده بالإعسار أو بالزيادة فيه . فلو أن المدين ، إذ لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما إذا تلكأ المدين فى رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك فى مباشرة الإجراءات [٣]، وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد إعساره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين [٤].

وإثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفى ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيراً معيناً فى جانب المدين[٥] . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ يذكر

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ .

(٣) أو رفع الدعوى ، ثم استأنف الحكم الابتدائى ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر الإجراءات وغادر البلاد (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ولا يعد المدين مهملا إذا أوعز إلى دائنه أن يتدخل فى الدعوى حتى يكون من وراء تدخله أن تكون المحاكم المختلطة هى المختصة (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٧) .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ — مصر الكلية المختلطة ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقره ٩٠٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجاجه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، وإلا كان حكمها معيباً متعيناً نقضه ، ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤) .

أن الدائن عليه أن يثبت إهمال المدين ، فعدل النص فى لجنة المراجعة ، وا كتفى فى التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه (١) . وغنى عن البيان أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه ، فللمدين أو للخصم فى الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعاً أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفى هذه الحالة لايقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

٥٣٩ — ادخال المدين خصما فى الدعوى — عدم ضرورة اعذاره :
لم ينص التقنين المدنى السابق على ضرورة إدخال المدين خصما فى الدعوى ، ولذلك كان الرأى الغالب — كما هو الأمر فى القانون الفرنسى — أن إدخال المدين خصما فى الدعوى ليس بشرط (٢) . لكن إذا لم يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فان الحكم الذى يصدر فيها كان لا يسرى فى حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذى يصدر فى مواجهة المدين فانه يسرى فى حق الدائن وفقاً للقواعد العامة المقررة فى حجية الأمر المقضى (٣) . وقد جرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فاذا لم يدخله فان الخصم هو الذى يدخله حتى يجعل الحكم يسرى فى حقه (٤) .

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٣٥ آنفا فقرة ٥٢٨ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٥ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٨ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — والتون ٢ ص ٩٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — الأستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٥١ — أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٧ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — وفى فرنسا انقسم الفقه : فرأى يذهب إلى أن الحكم لا يسرى فى حق المدين إذا لم يدخل فى الدعوى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأى ثان يذهب إلى أن الحكم يسرى فى حق المدين سواء كان فى مصلحته أو ضده (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٦) ، ورأى ثالث يذهب إلى أن الحكم يسرى فى حق المدين إذا كان فى مصلحته لا إذا كان ضده (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ١٨٠ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ =

وللمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصما فى الدعوى ، بل له أن يتولاها بنفسه ويقف عمل الدائن كما قدمنا . وللقاضى من تلقاء نفسه أن يأمر بادخال المدين خصما إذا رأى فائدة فى ذلك[١] .

وقد ذهب التقنين المدنى الجديد فى هذه المسألة مذهباً آخر ، فنص صراحة (م ٢٣٥ فقرة ٢) على وجوب إدخال المدين خصما فى الدعوى . فلا يجوز إذن للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما ثالثا ، فاذا لم يدخله جاز للخصم أن يدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه . فالحكم الذى يصدر فى الدعوى يسرى إذن فى حق المدين ، مادام قد أصبح طرفا فى الدعوى[٢] .

ولما كان لا بد من إدخال المدين خصما ، فقد استغنى بذلك عن إعذاره ، فان إدخاله خصما أقوى من الإعذار[٣] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدنى صراحة على عدم ضرورة الإعذار . وكذلك كان الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق دون نص صريح على ذلك ، إذ ليس فى القواعد العامة ما يحتم الإعذار إلا نحو الخصم الذى يباشر الدائن فى مواجهته حق المدين إذا كان الإعذار ضرورياً[٤] . وبهذا الرأى أخذت جمهرة الفقهاء فى فرنسا[٥] ، وسار

= ص ١٨١ — ص ١٨٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ .

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنه ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — الأستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٥١ — على ألا يكون إدخال المدين خصما فى محكمة الاستئناف حتى لايضيع عليه درجة من درجات التقاضى (انظر نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٣٥٣ — ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ — ١ — ٢٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦) — كذلك لايشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بما يقرر أنه يعمل باسم المدين ، مادام هذا الأمر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة فى صحيفة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) .

(٢) ولا يقال انه مادام الدائن نائباً عن المدين ، فقد كان ينبغى أن تغنى هذه النيابة عن إدخال المدين خصما فى الدعوى ، ذلك أن النيابة هنا هى لصالح الدائن لا لصالح المدين كما سبق القول ، فكان لابد من إدخال المدين خصما فى الدعوى حتى يرقب إجراءاتها وحتى يستطيع حماية حقه بنفسه .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ .

(٤) وذلك للحكم بتعويض عن التأخير أو بمصروفات الدعوى مثلا .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير =

عليه الفقه في مصر[1] *، قبل أن يتضمنه نص في التقنين المدني الجديد .*

وغني عن البيان أنه لاحاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين في الدعوى[2]. ويسري الحكم الصادر في الدعوى مع ذلك في حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من الواجب إدخاله في الدعوى — يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حجة عليهم جميعاً وفقاً للقواعد المقررة في حجية الأمر المقضي[3].

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين

٥٤٠ — القاعدة واستثناءاتها: نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه « جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » . ويستخلص من ذلك أن القاعدة هي أن أي حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك : (أولا) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم المدين[4]. (ثانياً) ألا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حق يباشره عن غيره ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، إذ هو ليس حقاً للمدين . (ثالثاً) أن

= وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٣ .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٣١ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — أنظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٣) على أنه إذا كان المدين تاجراً مفلساً ، فالدائن لايباشر الدعوى باسم المدين إلا في مواجهة السنديك ، والحكم يكون باسم السنديك (م ٢٢٠ تجاري) .

(٤) والاستثناء هنا ظاهري ، لأن الرخصة غير الحق فلا تستثنى منه . والغرض من هذا الاستثناء الظاهري حصر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين .

يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعا) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامسا) أن يكون الحق مثقلا بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن فى استعماله[1] .

ونستعرض القاعدة ثم الاستثناءات .

٥٤١ — **يجوز للدائن استعمال أى حق للمدين** : يجوز للدائن ، كقاعدة عامة ، أن يستعمل أى حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق .

فقد يكون هذا الحق حقاً شخصياً ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل . وأكثر مايستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصى الذى محله نقد ، فهو الحق الأكثر سهولة فى الاستعمال . ومع ذلك فان هناك إجراء أمام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضى ما للمدين من نقود فى ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع فى العمل . فنى حجز ما للمدين لدى الغير يعمد الدائن — بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة — إلى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود فى ذمة مدين المدين ، فاذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الإجراء إجراء تنفيذياً ، وتمكن الدائن باجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين[2] . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فان الدائن بعد النجاح فيها لا يكتنى بذلك ، بل لابد له حتى يصل إلى حقه من أن يباشر إجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى[3] .

وقد يكون حق المدين حقاً عينياً يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ فقرة ٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٣) دى باج ٣ فقرة ١٨٢ — ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق للمدين ، فيجوز إذن للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والفرق ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير .

ويغلب أن يأخذ الحق ـ شخصياً كان أو عينياً ـ صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين[١] ، كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق[٢] . ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم « الدعوى غير المباشرة » ، أخذا بالغالب . على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد إجراءات ، دون أن يرفع دعوى أمام القضاء . وهذه الاجراءات إما أن تكون تصرفات قانونية أو إجراءات مادية . مثل التصرفات القانونية أن يقبل الدائن وصية عن المدين ، أو يسترد شيئا للمدين حق استرداده ، أو يقبل اشتراطاً لمصلحة المدين .

---

(١) ولما كان الدائن لا يستطيع الحجز على دعاوى مدينه — باستثناء حجز ما للمدين لدى الغير ومع ذلك فلا يبقى من حكم بصحة الحجز — فلا يبقى إلا أن يستعمل الدائن هذه الدعاوى باسم مدينه، حتى ينفذ بعد ذلك على ما تنتجه هذه الدعاوى من مال (ديموج ٧ فقرة ٩٢٠ ص ٢٩٩).

(٢) ومن الدعاوى التي يستطيع الدائن أن يباشرها باسم المدين : دعوى المدين إذا كان مشترياً في الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨) أو في الرجوع على البائع بما دفعه وفاء لدين مضمون برهن على العقار المبيع (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) ، ودعوى المدين البائع في استيفاء ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) ، ودعوى المدين المصاب في ماله في الرجوع بالتعويض على من ألحق به الضرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لاروميبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠) ودعوى المدين القاصر في مطالبة الوصي بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨) ، ودعوى المدين في رفع مناقضة (contredit) لإنزال بعض الديون المبالغ فيها إلى مقدارها الحقيقي (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ، ودعوى المدين إذا كان شريكاً في شركة في الطعن ببطلان اتفاق على تعديل الشركة أو على حلها (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين في المطالبة بسقوط إجراءات اتخذت لنزع ملكيته (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣) ، ودعوى المدين في الطعن بالصورية في سند بدين في ذمته (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) ، ودعوى المدين في أن يطعن في عقد صدر منه بالبطلان أو بالفسخ (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١١ — فقرة ٦١٦ — دي باج ٣ فقرة ١٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — ويغلب على القضاء الفرنسي ألا يعطى الدائن الحق في الطعن بإبطال العقد باسم المدين بحجة أن التمسك بإبطال عقد لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية مسألة يرجع الشخص في تقديرها إلى اعتبارات أدبية : نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ ، ومع ذلك انظر : نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ١٦٠)، ودعوى المشتري ضد البائع يباشرها =

ومثل الإجراءات المادية أن يقيد رهناً لمصلحة المدين ، أو يجدد قيد الرهن ، أو يسجل عقداً للمدين حتى تنتقل إليه الملكية ، أو يقطع تقادماً سرى ضد المدين ، أو يطلب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر جرد[1] . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه فى حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس إعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم باجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفوع عن المدين[2].

= المشترى من المشترى (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — وقارن استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٦ — هالتون ١ ص ٣٤ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ — والتون ٢ ص ١٠٣ — ص ١٠٤ — فتحى زغلول ص ٣٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ — عكس ذلك : توليه ٧ فقرة ٥٦٦)، ودعوى المالك فى استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير (دعوى الاستحقاق) ، ودعوى الوارث فى المطالبة بنصيبه فى الميراث ، ودعوى الموصى له فى المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين فى طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة مستعجل ٢٦ يوليه سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥) ، وفى مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين (محكمة اسكندرية المختلطة التجارية أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) ، وفى رجوع المسخر (الاسم المستعار) على الأصيل يباشره من تعاقد مع المسخر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . والمستحق فى وقف إذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف فى الرجوع على مستحق أخذ أكثر من استحقاقه (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ — قارن استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ — ويلاحظ أنه يجب فى هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف مسئولا شخصياً نحو المستحق الأول ودائناً شخصياً للمستحق الثانى) .

(١) ومثل الإجراءات المادية أيضاً اتخاذ الإجراءات التنفيذية (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧) ، وتوقيع الحجز التحفظى ، وحجز ما للمدين لدى الغير ، والتنبيه بإنهاء عقد الإيجار (إذا كان الدائن كفيلا للمستأجر وتأخر هذا فى دفع الأجرة : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢) — ومن أجل مباشرة الدائن للإجراءات باسم المدين يذكر التقنين الفرنسى عبارة «الحقوق والدعاوى» فينصرف لفظ «الحقوق» إلى الإجراءات (ديموج ٧ فقرة ٩٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ — استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٢٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٣٥ — دى باج ٣ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ — دى هلتس ١ =

٥٤٢ — لا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخص :
ليس للدائن أن يتدخل فى شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدها هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد فى ضمان الدائن ، ولا أن يلغى باسم مدينه عقد إيجار بدعوى أن الأجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . « فحق » قبول الإيجاب ، « وحق » إلغاء عقد الإيجار ، « وحق » إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الإدارة سيئة(١) ، ليست حقوقاً يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هى مجرد رخص لا شأن للدائن فى استعمالها (٢).

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصى له فى قبول الوصية (٣)، وحق المنتفع فى قبول الاشتراط لمصلحته(٤) ، وحق الموعود بالبيع فى الشراء ،

= لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين على دائنـه ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن متصلا بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ — دى باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(١) انظر تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٧٦ فقرة ٢) : « غير أنهم (أى الدائنين) لايستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه فى إدارة ملوكه ، فهو يبقى متسلماً بزمام إدارته بالرغم من سوء حالة إشغاله» .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها — هيك ٧ فقرة ١٩٤ — بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٠ — فقرة ٩٠١ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ — والتون ٢ ص ١٠٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه فى قبول الوصية، لا لأن القبول هنا مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤) .

(٤) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته مجرد رخصة لا يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دى باج ٣ فقرة ١٨٧ — بودرى وبادر ١ فقرة ٦٢٣) . والصحيح أن حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير حق ينشأ من العقد ، وقبول المنتفع ليس إلا لجعله حقاً غير قابل للنقض . ثم إذن حق يستطيع الدائنون بالنيابة عن مدينهم أن يجعلوه غير قابل =

وحق المشترى وفاء فى استرداد الشيء المبيع عندما كان بيع الوفاء جائزاً (١) ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (٢) .

أما التمسك بالتقادم ، فالرأى الراجح أنه رخصة لا حق ، وأن التقادم لا يتم إلا بالتمسك به(٣) . وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى نصت

= النقض ، إلا إذا تبين أن الأمر يتعلق لاعتبارات أدبية بمحض تقدير المنتفع ، فعندئذ لا يجوز الدائنين استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (ديموج ٧ فقرة ٨٢٣ وفقرة ٩٢٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ فقرة ٦٢٤ ص ٤٦٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٠ ص ١٢٩) .

وحق المشترط فى نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وتحويله إلى منتفع آخر أو إلى نفسه ، يعتبر رخصة لا يجوز لدائنى المشترط استعمالها ، وهو على كل حال موكول إلى محض التقدير الشخصى للمشترط (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٨ ص ٩١٨ هامش رقم ٢) .

(١) فحق الموعود بالبيع وحق المشترى وفاء كلاهما حق ذو قيمة مالية نشأ عن عقد الوعد أو عقد البيع وفاء ، مثلهما مثل حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير نشأ عن عقد الاشتراط (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١) .

ويحسن فى هذا الصدد أن نميز ما بين الحق الكامل كحق الموعود بالبيع وحق المشترى وفاء وحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص فى أن يشترى دار غيره إذا رضى صاحب الدار وحق المالك فى إدارة ملكه ، ومنزلة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص فى قبول الإيجاب الموجه له وحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة وحق الشريك فى استرداد النصيب الشائع . فالحق الكامل هو وحده الذى يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة فى ذلك المنزلة الوسطى ما بين الحق والرخصة .

ويميز بودرى وبارد ما بين حق لا يحتاج إلا إلى مجرد التثبيت (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، ومجرد الرخصة فى كسب الحق وهذه لا يجوز للدائن استعمالها (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) .

(٢) ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ — فقرة ٥٢٠ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٥ فقرة ٥٣ وفقرة ٧٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٠ — فقرة ٦٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — والتون ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — انظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ — فقره ٤٢٧ — هيك ٧ فقرة ١٩٥ .

(٣) فالتقادم المسقط إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، تتكون من واقعة مادية هى مرور الزمن وتصرف قانونى هو إعلان المدين لإرادته فى التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير أن الواقعة المادية فى التقادم المكسب هى مرور الزمن من الحيازة معاً .

استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه إذ تقول : « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » ، وقضت المادة ٩٧٣ مدنى بنفس الحكم بالنسبة إلى التقادم المكسب (١) .

« وحق » الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، « وحق » الشريك فى استرداد النصيب الشائع ، كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلهما مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) .

٥٤٣ — ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً يباشره المدين عن غيره: ثم إن الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق المدين نفسه ، لا حقاً يباشره المدين عن غيره . فلا يجوز للدائن ، إذا كان مدينه ولياً لقاصر ، أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته ولياً له . وكذلك الأمر لو كان المدين قيماً على محجور عليه أو ناظراً على وقف ، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف(٣) .

كذلك إذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلا يجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين(٤) ، لأن حق مدين المدين إنما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — أما النزول عن التقادم فيجوز للدائن أيضاً استئناء الطعن فيه بالدعوى البولصية (م ٣٨٨ و٩٧٣ مدنى) على النحو الذى سنورده فيما بعد .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ — هيك ٩ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — دى باج ٣ فقرة ١٨٧ — عكس ذلك : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٠ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ — والتون ٢ ص ١٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٤) قارن استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ — ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٣ .

حقاً يباشره مدينه بالنيابة عن غيره[1] . وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين فى إيقاع الحجز التحفظى على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد[2] .

٥٤٤ — ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً متصلاً بشخص المدين خاصة : وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا . ذلك أن الدعوى غير المباشرة إنما تستند ، كما قدمنا ، إلى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فالحق الذى يستطيع الدائن أن يستعمله يجب إذن أن يدخل ضمن الحقوق التى تعتبر ضامنة لحق الدائن .

ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهى حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل فى الضمان العام للدائنين ، لا يجوز للدائن استعمالها . فلا يجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً مالياً عن المدين كانقطاع دين النفقة . ولا يجوز استعمال حق اللعان ، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب ولد اللعان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته . وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه[3] . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدى إلى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية فيترك

---

(١) فلا يجوز لبائع العقار الذى لم يستوف الثمن كاملا ، وترك قيد كل من امتيازه وامتياز المشترى منه يسقط ، أن يجدد قيد امتياز المشترى من المشترى فى الميعاد القانونى ، ليطالب من انتقلت له الملكية بعد ذلك بالباقى له من الثمن . فهو إذا كان يستطيع أن يجدد قيد امتيازه هو ، وأن يجدد باسم المشترى منه قيد امتياز هذا المشترى ، فانه لا يستطيع أن يجدد قيد امتياز المشترى من المشترى ، لأن هذا التجديد إنما يجريه مدينه المشترى باسم مدين مدينه المشترى من المشترى ، فلا يجوز له أن يباشره هو باسم مدينه المشترى (محكمة بوردو الاستئنافية ٩ مارس سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ — ٢ — ١٢٩ — داللوز أنسيكلوبيدى ١ action oblique فقرة ٤٠) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٥ مكررة — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٣) ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ — هيك ٧ فقرة ٢٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

المدين حراً فى تقدير مناسبة رفعها . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الأمر أن يثبتوا نسبه ، فلدائنى الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينيهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (١) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لا يجوز للدائن استعمالها . ويعتبر الحق المالى متصلا بشخص المدين إذا قام فى أساسه على اعتبارات أدبية (٢) ، وذلك كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة (٣) ، وحق المصاب فى التعويض عما أصابه من الضرر الأدبى (٤) ،

---

(١) ويشترط ديمولومب ألا يكون إثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقاً من طرق الدفاع لإثبات الميراث ، لا طلباً فى الدعوى يراد الحكم به (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ — وانظر أيضاً : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٣٠ — لوران ٣ فقرة ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩١ — ديموج ٧ فقرة ٩٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣١ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٣) محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك أنظر محكمة مصر المختلطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ وقد قضت بأن حق الرجوع فى وقفية ليس حقاً متصلا بشخص المدين — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ — ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ — فقرة ٦٩٣ — لوران ١٢ فقرة ٢٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

(٤) وهذا ما لم تظهر إرادة المصاب فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى ، فاذا ظهرت هذه الإرادة قاطعة فى صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية يجوز للدائن استعماله (الوسيط ١ ص ٩١٩) . وكل تعويض عن عمل غير مشروع يجب أن نميز فيه بين التعويض عن الضرر المادى وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبى وهذا متصل بشخص المدين على الوجه الذى أوضحناه ولا يجوز للدائن أن يطالب به نيابة عن المدين (محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — ديمولومب ٣٥ فقرة ٨٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٤ — فقرة ٩ — دى هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٢٣ — فقرة ٢٥ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٢٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٣ هامش رقم ١) . ويعتبر الضرر مادياً ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، ما دام أنه ضرر مادى لا ضرر أدبى (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ =

وحق المؤلف فى نشر مؤلفه أو إعادة نشره (١).

٥٤٥ — ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين غير قابل للحجز :
ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز — وهى لا تدخل فى هذا الضمان — لا يجوز للدائن استعمالها ، إذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التى يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أوكانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة فدادين (٢) ، كل هذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة . وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التى لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفى هنا بالإحالة إلى ما قدمناه من ذلك .

=فقرة ٤٣٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ ، بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٦ ص ٦٥٩) . وقد جاء فى كتاب أحكام الالتزام للدكتور صبحى المحمصانى (ص ٥٧) أن القضاء اللبنانى يذهب إلى أن الدية هى تعويض مادى وأدبى للورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولا يمكن أن تدخل فى عداد أموال المدين التى يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه (قرار الحاكم المنفرد فى جبيل الصادر فى ٢١ تشرين الثانى سنة ١٩٥١ النشرة القضائية اللبنانية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦) .

(١) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ — ويعتبر حق الوالد فى محاسبة ابنته على نفقات حفظ أمتعتها المودعة عنده حقاً متصلا بشخصه (مصر الكلية الأهلية ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩) . كذلك يعتبر حق المدين الراهن فى نقل التكليف باسمه حقاً متصلا بشخصه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١) .

هذا ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه فى الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر الحظر لمصلحته ويستطيع أن ينزل عنه إذا شاء . كما يجوز ، على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، أن يشترط المدين على الدائن ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن هذا الحق متصلا بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وإنما وضعت قواعدها لمصلحة كل من الدائن والمدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ — دى باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٤ — فقرة ٦٠٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ .

٥٤٦ — ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين مثقلا الى حد الاستغراق : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه ، ولكنه حق مثقل برهن أو نحوه بما يجعل استعماله غير ذى فائدة للدائن . فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن فى استعمال هذا الحق . مثل ذلك أن يسترد الدائن عيناً مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضماناً لدين يستغرق قيمتها ، فى هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة فى استرداد هذه العين ما دام الدائن المرتهن يتقدم عليه ، فلا يبقى له شىء من ثمنها يستوفى منه حقه .

ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن فى المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع (١).

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه (٢) ».

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم واحد فى التقنينين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . وقد سئل فى هذه اللجنة عما إذا كان يجوز للدائن باعتباره نائباً عن المدين أن يتصالح على الحق الذى يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لا يجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوى على تصرف . وأصبح رقم المادة ٢٤٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١١ — ص ٦١٢) .

المـادة ٢٣٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المـادة ٢٦٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٣٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٦ فقرة ٤ [1].

٥٤٨ — الفكرة الأساسية فى آثار الدعوى غير المباشرة هى نيابة الدائن عن المدين : والآثار التى تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز كلها فى فكرة أساسية ، هى نيابة الدائن عن المدين كما سبق القول . والنيابة هنا نيابة قانونية ، نص عليها التقنين المدنى الجديد صراحة فى صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا . ويبرر هذه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التى للدائن فى استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هى الفكرة الأساسية التى تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن هذه النيابة التى أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل [2] ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) بالرغم من قيام هذه النيابة فانه يجب إدخال المدين — وهو الأصيل — خصما فى الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصيل فى الدعوى غير ضرورى ، بل ويكون الحكم سارياً فى حقه حتى لو لم يدخل .

(٢) أن المدين إذا كان قاصراً أو احتاج إلى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فان هذا لا يكون ضرورياً بالنسبة إلى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضرورياً ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٦٢ (مطابقة للمـادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٩ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٤ : «وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذى شرع فى الدعوى امتيـاز ما على الآخرين» . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى ، رغم اختلاف العبارة والأسلوب) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٨٦ .

(٣) لايجوز للدائن أن يصطلح على الحق الذى يستعمله باسم المدين ، فان نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه. وقد ذكر هذا الحكم صراحة فى لجنة المراجعة [١].

(٤) لا تغنى إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ ، فالدائن إنما ينوب عن المدين فى استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة فى حاجة إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذى استعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية — أن الدائن ليس إلا نائباً عن المدين فى استعمال حقه [٢] — هى التى تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذى يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة إلى الخصم الذى يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة إلى الدائن الذى يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

المبحث الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

٤٥٩ — بقاء المدين محتفظاً بحقه : يبقى المدين محتفظاً بحقه الذى يباشر الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن ليس إلا نائباً عنه ، والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

فيبقى المدين إذن محتفظاً بحرية التصرف فى حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فان كان هذا الحق عيناً ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لايزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف فى ملكه . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يطعن فى تصرف

---

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٦ آنفاً فقرة ٥٤٧ فى الهامش .

(٢) وهذه النيابة هى أيضاً الفرق الأساسى بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين ، والأخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . وكالدعوى البوليصة الدعوى المباشرة ودعوى الصورية ، يرفعهما الدائن باسمه خاصة .

المدين بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها [١]. وإذا كان الحق ديناً، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة ببيع أو برهن أو بغير ذلك ، ولا يستطيع الدائن إلا الطعن فى التصرف بالدعوى البولصية على النحو المتقدم . وفى هذا تتجلى أفضلية حجز ماللمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة ، فان الحجز يرفع يد المدين عن الدين إلى حد كبير . هذا إلى أنه فى الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفى بالدين إلى المدين، بخلاف ماإذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك [٢] . ومن ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز ماللمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة [٣] ، وقد قدمنا أن هذا هو التفسير لندرة الدعوى غير المباشرة فى العمل [٤] .

وكما يستطيع المدين التصرف فى حقه ، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه، بل يستطيع أن ينزل عنه عيناً كان أو ديناً ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك . وليس للدائن إلا الالتجاء إلى الدعوى البولصية كما قدمنا [٥] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المدين الذى يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف فى الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً فى حق الدائن — شأنه فيه شأن المدين الذى صدر منه — ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به فى مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففى هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(٣) بل قد يكون الواجب هو أن يوقع الدائن حجز ما للمدين لدى الغير لا أن يرفع الدعوى غير المباشرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الذى حكم له بدينه ، ويريد اقتضاءه من مدين مدينه ، لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى ، بل له أن يحجز على ما يكون لمدينه من مال (نقد) تحت يد الغير حجزاً تنفيذياً . فإذا لم يقر المحجوز لديه بالدين غشاً أو تدليساً ، فله أن يرفع عليه دعوى الإلزام ليحكم له بدينه تعويضاً طبقاً لما تقضى به أحكام المادة ٤٢٩ مرافعات (٥٦٦ جديد) (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥) .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ وهامش رقم ١ .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ — والتون ٢ ص ١٠٠ — ص ١٠١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ .

وللمدين كذلك أن يستقضي حقه بأى سبب من أسباب استقضائه . فله أن يستوفيه ، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة [1] أو باتحاد الذمة أو بالإبراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك [2] . وله أن يحول بحقه إلى محال له [3] ، كما سبق القول .

٥٥٠ — بل لا بد من دخول المدين خصماً في الدعوى غير المباشرة : ولا يقتصر الأمر على بقاء المدين محتفظاً بحقه ، بل يجب أيضاً كما رأينا أن يدخل خصماً فى الدعوى غير المباشرة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابة أن دخوله خصماً يكون غير ضرورى ، لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قدمنا ، فوجب أن يدخل المدين فى الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [4] .

وقد قدمنا أن الدائن إذا لم يدخل المدين خصماً فى الدعوى ، جاز للخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم . ومن ثم فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى — ودخول المدين فى الخصومة ضرورى كما رأينا — يكون سارياً فى حق المدين ، وفى حق الدائن

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٤) يصرح بعض الفقهاء فى فرنسا (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ — دى هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنيابة الدائن عن المدين ، ويستندون فى ذلك إلى أن النيابة إنما تكون فى صالح الأصيل لا فى صالح النائب . وليست الحجة التى يستندون إليها بحجة مقنعة ، فانه إذا كانت النيابة كقاعدة عامة فى صالح الأصيل دون النائب ، فليس فى طبيعتها ما يمنع من أن تكون فى صالح النائب دون الأصيل .

ومما يلاحظ فى هذا الصدد أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة فى يد الدائن ، بل هى نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه ، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٣) . وهذه الملاحظة من شأنها أن تؤيد فكرة النيابة التى أخذ بها صراحة التقنين المدنى الجديد (انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ هامش رقم ٣) .

الذى رفع الدعوى غير المباشرة ، وفى حق سائر الدائنين من دخل منهم فى الخصومة ومن لم يدخل .

أما فى التقنين المدنى السابق فلم يكن دخول المدين خصما فى الدعوى ضرورياً لقبولها، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما فيها . ولكن الحكم فى هذه الحالة لا يكون سارياً فى حق المدين، ولا فى حق الدائنين الذين لم يدخلوا فى الخصومة(١). فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم، بل وكان لأى دائن لم يدخل فى الدعوى أن يعيد رفعها باسم المدين(٢). ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قدمنا ، أن الدائن يدخل المدين خصما فى الدعوى ، وإلا أدخله الخصم أو القاضى ، أو دخل هو من تلقاء نفسه (٣) . وقد بسط التقنين الجديد هذه التعقيدات ، بأن أوجب إدخال المدين خصما فى الدعوى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم(٤) .

المبحث الثانى

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم

٥٥١ — علاقة الخصم بالدائن : والخصم فى علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التى كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذى رفع الدعوى(٥). وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة .

---

(١) استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ .

(٢) ويتبين من ذلك أنه إذا لم يدخل المدين خصما فى الدعوى ، فإن الحكم الذى يصدر لصالحه يستفيد منه هو والدائنون الذين لم يدخلوا فى الدعوى . أما إذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٠ ص ٤٥٣) .

(٣) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٢ ، والأحكام المشار اليها والمراجع . وانظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .

(٥) توليه ٧ فقرة ٥٦٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٠١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء [١] والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على رفع الدعوى أو تالياً له . كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك للخصم أن يطعن في العقد الذى يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التى كان يتمسك بها فى مواجهة المدين . وله كذلك أن يتمسك فى مواجهة الدائن بإجازة المدين لعقد قابل للإبطال كما كان يستطيع ذلك فى مواجهة المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الإجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون إخلال بحق الدائن فى الطعن فى هذه الإجازة بالدعوى البولصية .

كذلك للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأى اتفاق بينه وبين المدين فى شأن موضوع النزاع ، كما إذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء فى الشيوع لمدة لا تزيد على الحد القانونى فى دعوى قسمة رفعها الدائن ، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذى رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين يناقض العقد الظاهر الذى رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه [٢] ، أو بحجية الأمر المقضى [٣] .

وبوجه عام ليس للدائن الذى يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه [٤] . فلا يسوغ للدائن إذن أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ما كان للمدين أن يسلكه [٥] . وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشترى فى أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد دفع ، فدائن المشترى عندما يستعمل

---

(١) ولا حاجة لأن تكون المخالصة الصادرة من المدين ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

(٢) دى هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣٣ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأنه ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحوالة صدرت من المدين ولم تستوف شرائطها القانونية (١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن اعتبار تمسك الخصم بالحوالة بمثابة قبول لها) .

(٤) محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ .

(٥) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ — محكمة أسيوط الكلية استئنافى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٢ ص ١٤١ .

هذا الحق يجوز أن يواجهه البائع بوجوب دفع الثمن (١) .

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصياً ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين (٢) .

وللخصم – والمدين لابد أن يكون قد أدخل خصما فى الدعوى كما تقدم القول – أن يقيم فى مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعى عليه . وكان لا يستطيع ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق لو أن المدين لم يدخل خصما فى الدعوى، لأن الخصم كان عندئذ لا يجد أمامه إلا الدائن يقيم فى مواجهته دعوى المدعى عليه، والدائن إذا كان يستطيع أن يكون مدعياً باسم مدينه فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين (٣) .

٥٥٢ – علاقة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هى العلاقة الأصلية ، علاقة مدين بدائن . وللخصم أن يفى دينه للمدين ويكون الوفاء صحيحاً كما قدمنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجدده ، وما إلى ذلك مما سبقت الإشارة إليه .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز للخصم أن يوفى الدائن الدين الذى له فى ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحاً فى هذه الحالة ، وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولا يستطيع أن يستمر فى مباشرة الدعوى إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ – لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٠٥) . ويفعل الخصم ذلك إذا كان الدين الثابت فى ذمته أكبر من الدين الثابت فى ذمة المدين للدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١) . وإذا كان للخصم دين فى ذمة الدائن يعادل الدين الذى للدائن فى ذمة المدين ، فلا يستطيع الخصم إجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين غير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن ينزل له عن الدين الذى له فى ذمته وفاء للدين الذى فى ذمة المدين للدائن ، فيصبح الدائن بعد أن استوفى حقه لا مصلحة له فى أن يستمر فى مباشرة الدعوى على النحو الذى قدمناه . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وله عندئذ أن يجرى مقاصة بين ما وفاه من أجله وما هو فى ذمته له .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٣ هامش رقم ٣ .

المبحث الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن

٥٥٣ — **لا يستأثر الدائن وحده بنتيجة الدعوى** : والدائن الذى يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا . ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى ضد الخصم إنما يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن ، والمدين وحده هو الذى يفيد مباشرة منه . ويترتب على ذلك أيضاً أن الدائن يطالب الخصم فى الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الأول أقل من الثانى أو أكثر [1] . ويترتب على ذلك أخيراً أن ما حكم به للمدين يدخل فى أموال المدين فيندرج ضمن الضمان العام للدائنين ، فيفيد منه جميع الدائنين ، سواء من دخل منهم خصماً فى الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستأثر به الدائن الذى رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا فى الخصومة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٣٦ إذ تقول : «وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين ، وتكون ضماناً لجميع دائنيه» [2] .

٥٥٤ — **تزاحم الدائنين** : وينبنى على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاماً لكل الدائنين ، أن لهؤلاء أن ينفذوا عليه جميعاً فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء [3] . بل إنه إذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين — ولو لم يكن الدائن

---

(١) على أن الخصم إذا رأى أن ما فى ذمة المدين للدائن أقل مما فى ذمته هو للمدين فإنه يستطيع أن يفى الدائن حقه ، فينهى الدعوى بذلك على النحو الذى قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ — والتون ٢ ص ١٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ و ص ٦١١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ — والتون ٢ ص ٩٩ — ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .

الذى رفع الدعوى – على الحق المحكوم به مايجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما إذا كان له رهن أو امتياز ، فانه يتقاضى حقه قبل الجميع[1] .

على أنه يلاحظ أن تزاحم الدائنين انما يكون إذا تقدموا جميعا فى الوقت المناسب . أما اذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم فى الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذى رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه ، فانه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقى معه فيه[2]. أما اذا مات المدين فتركته مسئولة عن ديونه جميعاً، ولايجوز لأحد من الدائنين ، اذا عين للتركة مصف ، أن يسابق الباقى ويسبق الى استيفاء حقه قبل الآخرين ، حتى لو كان هو الدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة[3] .

لذلك كثيراً مايحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين، فيتخذ الى جانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على مايحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفى هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر: رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضى أكثر من أن يكون حقه خالياً من النزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ إجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله فى الدعوى . وهذه الاجراءات اما أن يريد بها المطالبة بحقه وفى هذه الحالة يكفى أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، واما أن يريد بها التنفيذ وفى

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك أن الدعوى غير المباشرة — كالدعوى البولصية ودعوى الصورية — لا تتخذ فيها إجراءات جماعية باسم جميع الدائنين كما هى الحال فى الإفلاس التجارى . أما فى القانون الرومانى فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية يباشرهما نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) ، وكانتا تدخلان ضمن الإجراءات التى تتبع لتصفية أموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الرومانى يميز بين الإفلاس التجارى والإفلاس المدنى (لابيه فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ — ٦ يونيه سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ٣٠١ .

هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتاً فى سند قابل للتنفيذ . واتخاذ إجراءات التنفيذ فى وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل للدائن أن يستولى لنفسه على مايحكم به ليستوفى حقه ، فيأمن بذلك إلى حد كبير مبادرة المدين إلى التصرف فى حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن . ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول فى الدعوى، أو من الاشتراك فى اجراءات التنفيذ، فيقسم الحق بينهم جميعا قسمة غرماء (١).

الفرع الثالث

الدعوى المباشرة *

(Action directe)

٥٥٥ — مجال الدعوى المباشرة : رأينا فيما قدمناه عن الدعوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى فى العمل وقلة فائدتها للدائن الذى يباشرها . ويرجع ذلك بنوع خاص الى تزاحم الدائنين مع الدائن الذى رفع الدعوى . ولهذا يعمد المشرع ، فى بعض الحالات التى يرى فيها أن يولى الدائن حماية خاصة ، الى أن يجعل لهذا الدائن — إلى جانب الدعوى غير المباشرة التى يشترك فى فائدتها معه سائر الدائنين — دعوى مباشرة (action directe) قبل مدين المدين . ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة، بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٤ .

* مراجع : سرجان (Sergent) فى الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — سوليس (Solus) فى الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — دبريه (Debray) حقوق الامتياز على الديون والدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بينيه (Binay) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — روبينو (Robino) فى حقوق الامتياز وأسباب التقدم الأخرى على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ — فقرة ١٠١٨ — فلاتيه (Flattet) فى العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ — فقرة ١٤٤ — بيدان وفوران (Beudant et Voirin) ١٣ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٦٣ .

ليستوفى منه حقه[١] . ونرى من ذلك مابين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من تقابل يحمل على معالجة الثانية عقب الأولى ، وهذا مافعلناه فى كتاب نظرية العقد[٢] ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء [٣].

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحية أخرى ، وفى الصور التى يكون فيها حق المدين فى ذمة مدين المدين ناشئاً عن عقد ، خروجاً على القواعد العامة التى تقضى بأن العقد لا يكون ساريا الا فى حق أطرافه ، فلا يتعدى أثره الى الغير . ذلك أن العقد الذى أنشأ حقاً للمدين فى ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سبيلا مباشراً إلى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفا فى العقد . مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدنى من أنه « يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر » . فهذا عقد إيجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ؛ وهو المستأجر الأصلى ، حقاً فى ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن . أما المؤجر فهو ليس طرفاً فى عقد الإيجار من الباطن ، وكان ينبغى ألا يسرى هذا العقد فى حقه . ومع ذلك فان النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحق الذى أنشأه فى ذمته لمصلحة المستأجر الأصلى عقد لم يكن المؤجر طرفاً فيه وهو عقد الإيجار من الباطن . ومن ثم يعالج بعض الفقهاء [٤] الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التى تقضى باقتصار أثر العقد

---

(١) دى باج ٢ فقرة ٧١٦ — هذا وقد يتصور فرق بين حق الإمتياز والدعوى المباشرة : فلو اجتمع دائنان ، أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، ورفع الثانى الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا للمدين بما فى ذمته ، فإن صاحب الدعوى المباشرة لا يملك فى هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء ، وهذا بخلاف ما إذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فإنه فى هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، إذا لم تكن له إلا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، أن يدخل خصما فى الدعوى غير المباشرة التى رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفى له بالدين مباشرة ، فيستقل به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢).

(٢) وإن كنا قد أوردنا الدعويين ، فى كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البولصية ودعوى الصورية فى صدد الكلام فى أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص .

(٣) انظر ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .

(٤) انظر دى باج ٢ فقرة ٧١٣ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الأستاذان إسماعيل غانم وشمس الدين الوكيل أن المكان الطبيعى لدراسة الدعوى المباشرة =

على طرفيه ، وهذا أيضاً وضع منطقى سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة إنما تتقرر ، كما سنرى ، بنص تشريعى خاص ، شأنها فى ذلك شأن حق الامتياز ، فان التقنين المدنى المصرى ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصرة على الحالات التى قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فانه أورد نصاً عاماً فى الدعوى المباشرة عقب النص الذى أورده فى الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ وتجرى على الوجه الآتى : « يكون الأمر على خلاف ما تقدم (أى لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائى حق إقامة الدعوى المباشرة ، فان نتائجها تعود إلى المدعى دون سواه ، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور[1] » .

وسنورد الحالات التى نص المشرع فى التقنين المدنى المصرى الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ، ثم نبحث الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة .

المبحث الأول

حالات الدعوى المباشرة فى التقنين المدنى المصرى

٥٥٦ — المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ — يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون

= تفصيلا يكون عند دراسة نظرية التأمينات (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٣٥ هامش رقم ١) .

(١) انظر فى ذلك الدكتور صبحى المحمصانى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٩ — ص ٦٠ .

ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر » .

« ٢ – ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقا للعرف أو لإتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن [1] » .

ويتبين من هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وبغير ذلك من الالتزامات التى أنشأها عقد الإيجار من الباطن فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذى يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذى فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى وقت أن ينذر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار [2] ، وليس المقدار الذى فى ذمة المستأجر الأصلى للمؤجر ، إلا إذا كان هذا المقدار الثانى أقل من المقدار الأول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولو لا هذا النص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا بالدعوى غير المباشرة ، ولزاحمه فى نتيجة هذه الدعوى سائر دائنى المستأجر

---

(١) ليس الغرض من إيراد النصوص التى تنشىء الدعاوى المباشرة شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه فى العقود التى تقررت فيها هذه الدعاوى . ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة كما وردت فى هذه النصوص — هذا ويوجد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصرى ، تجعل للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن : فى التقنين المدنى السورى المادة ٥٦٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٧٧٦ فقرة ثانية ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٥٩٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتان ٥٨٧ — ٥٨٨ .

(٢) ولا يعتد — كما يقول النص — بالأجرة التى عجلها المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى عن مدة انتفاع مستقبلة ، إلا إذا كان تعجيل الأجرة قد تم قبل الإنذار وكان متفقا مع العرف أو مع اتفاق ثابت بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن تم وقت عقد الإيجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه إذا عجل المستأجر من الباطن الأجرة للمستأجر الأصلى بعد الإنذار، فلا يكون هذا التعجيل نافذاً فى حق المؤجر حتى لو كان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت . أما إذا عجل الأجرة قبل الإنذار ، فإن هذا التعجيل يكون نافذاً فى حق المؤجر بشرط أن يكون متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت .

الأصلى [1] . ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أى تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن ليستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مديناً له مباشرة ؛ فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده [2] .

٥٥٧ — المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ — يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل » .

« ٢ — ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز . ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » .

« ٣ — وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل »[3] .

ويتبين من هذا النص أن العقد ما بين المقاول ورب العمل ينشىء دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل . يطالبون بموجبها رب العمل بما فى ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة . إلا إذا كان مالهم

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق لا يحتوى على نص مقابل للمادة ٥٩٦ من التقنين المدنى الجديد ، ومن ثم لم يكن للمؤجر ضد المستأجر من الباطن إلا الدعوى غير المباشرة (انظر عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦).

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٩٣ .

(٣) وهذه الدعوى المباشرة وحق الامتياز هذا مقرران أيضاً فى التقنين المدنى السورى (م ٦٢٨)، وفى التقنين المدنى العراقى (م ٨٨٣) ، وفى التقنين المدنى الليبى (م ٦٦٠)، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٦٧٨) .

فى ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم فى ذمة المقاول فقط . ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد أعطيت لدائنين متعددين، فان كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه، وهو رب العمل، بنسبة ماله من حق إذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعاً كاملة .

كذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد المقاول الأصلى وهو مدين مدينهم، بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم .

ولهؤلاء الدائنين جميعاً — عمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن — إلى جانب الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلى، كل منهم بنسبة حقه . ويتقدمون بفضل هذا الامتياز على جميع دائنى المدين المحجوز عليه ، بل ويتقدمون بفضل هذا الامتياز أيضاً على من تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقاً على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين مدين مدينه فى بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز [1] .

٥٥٨ — الموكل مع نائب الوكيل : وتنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية » .

---

(١) والمادة ٦٦٢ من التقنين المدنى المصرى أوسع نطاقاً من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من التقنين المدنى الفرنسى من وجوه عدة : (أ) الدعوى المباشرة فى التقنين المصرى أعطيت لا للعمال فحسب بل أيضاً للمقاولين من الباطن ، ولم تعط فى التقنين الفرنسى إلا للعمال . (ب) يدعم حق الامتياز الدعوى المباشرة فى التقنين المصرى ، وليس هناك حق امتياز فى التقنين الفرنسى . (ج) نص التقنين المصرى على تقدم العمال والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه، وفى التقنين الفرنسى يتقدم المتنازل له إذا كان هو الأسبق ويكون التنازل نافذاً فى حق العمال . (انظر فى المادة ١٧٩٨ من التقنين المدنى الفرنسى ديموج ٧ فقرة ٩٩٥) .

« ٢ — أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات ».

« ٣ — ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » (١).

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشىء دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل .

وفى الصورة التى يرخص فيها الموكل للوكيل فى إقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلا للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشىء الدعوى المباشرة . على أنه حتى فى هذه الصورة ، إذا أقام الوكيل نائباً عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله ، فان قواعد التسخير (الإسم المستعار prête-nom) هى التى تسرى فى هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضرورياً لإيجاد هذه العلاقة المباشرة فى صورة الدعوى المباشرة .

أما إذا لم يرخص الموكل للوكيل فى إقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائباً ، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلا دعوى مباشرة فى الحالتين اللتين عرض لهما ، وعلى النحو الذى بسطناه . ولولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى

---

(١) ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٧٤ وهى مطابقة . وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٢٩ ، وتجرى على الوجه الآتى : « ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أذنه الموكل فى ذلك أو فوض الأمر لرأيه . ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته » ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٠٨ وهى مطابقة . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٨٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها » ، وهذه هى الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل .

المباشرة ، ولما كانت قواعد الوكالة وحدها كافية فى ذلك (١) .

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قدمنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأصلى متضامناً مع نائبه فى المسئولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفى أى منهما بالدعوى غير المباشرة التى كان يقتصر عليها — فيتحمل مزاحمة دائنى مدينه — لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

٥٥٩ — المضرور مع شركة التأمين : وهنـاك أخيراً حالة للدعوى المباشرة تدرجت فيها التشريعات الخاصة ، وهى حالة رجوع المضرور فى حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور فى الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذى أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التى أمنت مسئوليته . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لابد فيه من نص .

وقد كفل فى فرنسا قانون ١٩ فبرايرسنة ١٨٨٩ لمالك العين المؤجرة وللجيران المستأجرين أن يستوفوا التعويض ، عند احتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق . ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (ويكمله قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥) للعامل المضرور فى حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت مسئولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضرور فى أى حادث على مبلغ التأمين الذى اشـترطه المسئول فى التأمين على مسئوليته . وانتهى الأمر فى فرنسا إلى تعميم الدعوى المباشرة ، فقضت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ باعطـاء الدعوى المباشرة لـكل مضرور فى حادث ضد شركة التأمين التى أمنت المسئول .

أما فى مصر فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٨٣٢ منه على أنه « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، ما دام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى

---

(١) انظر فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٣٩ — وقارن الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

نشأت عنها مسئولية المؤمن له» . فكان هذا النص يجعل للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، فيتقاضى منها فى حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له ، دون أن يزاحمه فى ذلك دائنو المسئول . ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا التشريع متضمنا النص المحذوف ، لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، ولا يرجع المضرور على الشركة إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المسئول وفى هذه الحالة يزاحمه دائنوه [١] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور فى حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين ، ولا تستطيع الشركة أن تدفع دعوى المضرور إلا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، طبقا للحدود المرسومة لمسئوليتها[٢] . والقول بأن للمضرور أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعى لا يمكن تخريجه ، وفقاً للقواعد العامة ، إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المسئول عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضرور ، فصار للمضرور حق مباشر — لا دعوى مباشرة [٣] — قبل الشركة . ويجب الرجوع فى ذلك إلى وثيقة التأمين ، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط [٤] .

على أن هناك حالة فى مصر ورد فيها تشريع خاص ينشىء الدعوى المباشرة . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامة

---

(١) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ — ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ — عكس ذلك : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ . وانظر الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٣ .

(٣) وسنرى أن الحق المباشر للمنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ ص ٩٨٤ هامش رقم ٢ .

الإصابة، وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل (وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال)، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معا متضامنين . فهذا التشريع قد جعل للعامل دعوى مباشرة يرجع بها على شركة التأمين . وإذا دفعت الشركة قيمة التعويض ، فانها تحل محل صاحب العمل فى حقوقه قبل المسئول عن الحادث .

٥٦٠ — **حالات تلتبس خطأ بالدعوى المباشرة** : وهناك حالات يقال فيها عادة ان للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التى نعنيها هنا ، بل هى دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج إلى نص خاص .

من ذلك انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص كما فى رجوع مشترى الأرض بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لبائعه ، وكما فى رجوع مشترى البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذى تعاقد مع بائع البناء . فنى مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد فى شأنها نص خاص ، بل ان دعوى السلف — بائع الأرض أو بائع البناء — قد انتقلت إلى الخلف — مشترى الأرض أو مشترى البناء — فرجع بها على مدين السلف . وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها إلى الخلف ، لم تعد فى متناول السلف[1] . وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهى تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين .

كذلك إذا رجع من تعاقد مع النائب على الأصيل مباشرة ، فلا يرجع بالدعوى المباشرة ، ولكن بدعوى العقد ذاته الذى قام مع الأصيل مباشرة ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تأييداً لهذا المعنى ، بأن المشترى من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصلى بالتوقيع له هو على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله — حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله — هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) . فالدعوى التى للمشترى من المشترى قبل البائع هى نفس الدعوى التى كانت للمشترى قبل البائع ، وقد انتقلت من المشترى إلى خلفه الخاص أى إلى المشترى من المشترى .

بعد أن اختفى شخص النائب وفقاً لقواعد النيابة المعروفة .

ويرجع المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذى أنشأه عقد الاشتراط .

ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعاً مباشراً ، وليس هذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مديناً مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هى دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه (١).

المبحث الثانى

الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة

٥٦١ — **الدعوى المباشرة لا تزال فى طريق التطور** : ويتبين مما تقدم أننا فى شأن الدعوى المباشرة لا نزال أمام حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشىء هذه الدعوى . ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق الامتياز ، لا تتقرر إلا بنص خاص ، ولم توجد بعد قواعد عامة ترد إليها . ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم فى دور التكوين ، ولم تبلغ غايتها من التطور . وفى هذا المعنى يقول فلاتيه : « لا نزال من الدعوى المباشرة فى مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعاً لا يخلو من عدم التناسق . وفى القانون الرومانى يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية استخلصت مما قد تجمع من الاستثناءات . فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، كل منهما قد تم تكوينه على هذه الوتيرة . وقد كثر فى الوقت الحاضر عدد الدعاوى المباشرة إلى حد يسمح بالقول إن هناك اتجاها بارزاً إلى جعل العقد ينتج آثاره فى حق غير المتعاقدين . وقد سلم تسليما نهائياً بكل من نظرية النيابة

---

(١) انظر فى بعض هذه الحالات المشتبه فيها الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ .

ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير . وتبقى الآن الدعاوى المباشرة مصدراً تنبع منه نظرية جديدة ، تأتى لتأخذ مكانها إلى جانب هاتين النظريتين [١] » .

٥٦٢ — الاساس القانونى للدعوى المباشرة : بدأ لابيه (Labbé) فى مقاله المعروف فى المجلة الانتقادية[٢] باقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذى تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً فى ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب إذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذى وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائناً بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، إذ المنفعة التى قدمها كانت السبب فى وجود هذا الحق . والمضرور فى حادث تحمل خسارة كانت هى السبب فى وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضرور امتياز على هذا الحق الذى ما كان ليوجد لولا الخسارة التى تحملها .

وهذا الرأى على قوته ينزل الدعوى المباشرة منزلة حق الامتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص خاص ، فان الدعوى المباشرة تبقى موكولة إلى نصوص خاصة ، فلا ترد إلى أصل عام .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير[٣] ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعاً مباشراً لمصلحة دائنه . وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها إلى فكرة النيابة [٤] ، فكأن المدين قد ناب عن دائنه فى

---

(١) فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وانظر أيضاً فقرة ١٤٣ ص ١٩١ — ص ١٩٢ .

(٢) مقال فى الامتيازات الخاصة على الديون : المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥ .

(٣) ألكس وايل (Alex Weill) فقرة ٤٤٤ ص ٧٦٢ .

(٤) جيللوار فى الإيجار ١ ص ٣٦٩ — جوسران ٢ فقرة ١٢٢٧ — انظر أيضاً استعراضاً لبعض هذه النظريات فى ديموج ٧ فقرة ١٠١٤ .

التعاقد مع مدين المدين . وهذا أيضاً افتراض لا يقوم على أساس .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب[١]. فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التى قدمها أو بمقدار الخسارة التى تحملها ، وهذا الافتقار كان سبباً فى إثراء مدين المدين، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين، قيمة الافتقار أو قيمة الاثراء . ويلاحظ على هذا الرأى أن مدين المدين لم يثر بلا سبب، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو الدين الذى فى ذمته للمدين . كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذى له فى ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثرى، والذى يهمنا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين، وهذا ما تعجز عن إيجاده نظرية الإثراء بلا سبب[٢] .

والمجمع عليه فى الوقت الحاضر، وفى هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة، أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعى خاص[٣]. وهذا يكفى للقول بأنه ليس هناك إلى اليوم أصل ترد إليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى النص .

وما دمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساساً قانونياً للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفنى لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية .

---

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ – ديموج ٧ فقرة ١٠١٥ – الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٣٧٦ .

(٢) قارب الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . ويبنى فلاتيه الدعوى المباشرة على أساس اقتصادى ، فعنده أن العقد ، بحكم الغاية الاقتصادية (destination économique) التى يقوم على تحقيقها ، ينشىء الدعوى المباشرة لمصلحة أجنبى عن هذا العقد (فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ وفقرة ١٤٤ ص ١٩٤) . انظر فى استعراض الأسس القانونية للدعوى المباشرة دى باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) قارن دى باج ٢ فقرة ٧٢٣ — ويذكر مثلا على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص فى رجوع المشترى على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق ، وفى رجوع المشترى على المقاول الذى تعاقد مع البائع . وقد قدمنا أن هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التى كانت للسلف وقد انتقلت إلى الخلف الخاص (انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ ، وانظر أيضاً فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٤٠) .

٥٦٣ — التصوير الفنى للدعوى المباشرة — الفكرة الرئيسية :

نتخذ التقسيم الذى قال به لابيه (Labbé) أساساً للدعوى المباشرة ، فهو خير الأسس التى قدمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم إما على منفعة قدمها الدائن ، أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التى قدمها المؤجر للمستأجر كانت سبباً فى الدين الذى للمستأجر فى ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التى تحملها العامل المصاب فى حادث من حوادث العمل كانت سبباً فى الدين الذى لرب العمل فى ذمة شركة التأمين .

هذه السببية تبرر فى نظر المشرع ، فى حالات خاصة هو إلى اليوم الذى يمسك بزمامها وهو الذى يقوم بتعيينها فى نصوص تشريعية ، أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلى وهو فى المثلين المتقدمين المستأجر الأصلى أو رب العمل ، وصاحب مضاف إليه هو نفس الدائن الذى تسبب فى إيجاد هذا الدين بالمنفعة التى قدمها أو بالخسارة التى تحملها وهو المؤجر أو العامل .

فيكون إذن للدين الذى فى ذمة مدين المدين — وهو الدين محل الدعوى المباشرة — دائنان : المدين والدائن . ويكون للدائن تبعاً لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذى فى ذمة مدين المدين — أى الدين محل الدعوى المباشرة — هو الأجرة المستحقة فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى . فهذا الدين له دائنان : المستأجر الأصلى والمؤجر . وللمؤجر مدينان : المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن . وتعدد الدائنين أو المدينين فى الدين الواحد أمر مألوف فى القانون ، وهو وصف من أوصاف الالتزام . ويتميز هذا الوصف الخاص بما يأتى :

(أولا) ما دام مدين المدين (المستأجر من الباطن مثلا) له دائنان (المستأجر الأصلى والمؤجر) ، فانه متى وفى لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائنين مع ذلك غير متضامنين .

(ثانياً) وما دام الدائن (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن) ، فانه متى استوفى الدين من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامنين[1] .

---

(١) وهذا مايميز الدعوى المباشرة عن التضامن . وتتميز هذه الدعوى عن الحلول العينى فى أن =

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية — تعدد الدائنين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائن واحد وذلك فى غير تضامن — نبحث فى الدعوى المباشرة : (١) العلاقة مابين الدائن ومدين المدين . (٢) العلاقة مابين الدائن والمدين . (٣) العلاقة مابين المدين ومدين المدين .

٥٦٤ — العلاقة مابين الدائن ومدين المدين : الدائن هو صاحب الدين الذى فى ذمة مدين المدين، وهو دائن مضاف إلى الدائن الأصلى كما قدمنا . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يرفع الدائن، بصفته صاحب الدين، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فانه يرفعها باسم المدين كما رأينا . ولا حاجة ، فى رجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة، إلى أن يكون المدين معسراً ، أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولا ، أو أن يطلب الدائن الحلول محله .

(٢) يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائنى المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين ، لا بصفته دائناً لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز . ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدين بصفته دائناً له مباشرة ، فانه يتحمل مزاحمة دائنى مدين المدين .

(٣) لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن — وهى الدعوى المباشرة — بجميع الدفوع الخاصة بالدائن ، وذلك إلى جانب الدفوع الخاصة بالمدين . أما فى الدعوى غير المباشرة فقد قدمنا أن مدين المدين إنما يحتج بالدفوع الخاصة بالمدين دون الدفوع الخاصة بالدائن . فيجوز لمدين المدين فى الدعوى المباشرة أن يحتج بأن حق الدائن قبل المدين قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد مابين الدائن والمدين

= الدائن فى الحلول العينى يستعمل دعوى مدينه بالذات لا دعوى أخرى مستقلة، وتتميز عن حوالة الحق فى أن الدائن فى حوالة الحق يحل محل سلفه فى نفس الدعوى فلا توجد إذن دعويان مستقلتان ، وتتميز عن الاشتراط لمصلحة الغير فى أنه لا يوجد فى الاشتراط لمصلحة الغير إلا دعوى مباشرة واحدة هى التى للمنتفع فى ذمة المتعهد (دى باج ٢ فقرة ٧١٩ — فقرة ٧٢١) .

باطل أو قابل للابطال . ويجوز لمدين المدين كذلك ، فى الدعوى المباشرة ، أن يحتج بأن حق المدين قبله هو قد انقضى وذلك قبل إنذار الدائن إياه بأن يوفى له الدين ، أو بأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجوه البطلان.

(٤) يستطيع الدائن ان يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين مدين المدين ، لأن مدين مدينه هو مدينه المباشر كما قدمنا . ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مديناً لمدينه على الوجه المتقدم الذكر .

(٥) يجوز لمدين المدين أن يفى بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل المدين . كما يجوز له ، قبل أن ينذره الدائن بالوفاء ، أن يفى بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل الدائن . ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفى الدين من مدين المدين إلا إذا كان الدين الذى له فى ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفى أن يكون خالياً من النزاع كما فى الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضرورى أن يكون فى سند قابل للتنفيذ . ولا يجوز ، فى كل حال ، أن يستوفى الدائن من مدين المدين مقداراً أكبر مما له فى ذمة المدين ، فهو إنما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذى له فى ذمة المدين وقيمة الدين الذى للمدين فى ذمة مدين المدين .

٥٦٥ — **العلاقة ما بين الدائن والمدين :** يبقى المدين مديناً لدائنه ، فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع الدائن أن يستوفى دينه من المدين ، فتبرأ ذمة مدين المدين قبله .

(٢) وكذلك يستطيع المدين أن يوفى الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشىء على مدين المدين .

(٣) إذا وفى مدين المدين للدائن الدين الذى فى ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن فى ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقى لهذا الدين .

(٤) ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن فى المسئولية بين هذين المدينين . وإذا كان كل منهما مسئولا مباشرة قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانونى للتضامن فيما بينهما . فليست مسئوليتهما إذن مسئولية

بالتضامن (solidarité) ، بل هى مسئولية مجتمعة (in solidum)[١] .

٥٦٦ — العلاقة ما بين المدين ومدين المدين : يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان هما المدين والدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع المدين أن يستوفى الدين من مدين المدين ، وذلك إلى وقت إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، فتبرأ ذمة مدين المدين نحو الدائن .

(٢) يستطيع مدين المدين إلى وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفى المدين الدين ، فتبرأ ذمته نحو الدائن . وتسرى فى هذه الحالة المخالصة فى حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ[٢] .

(٣) إذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والإبراء والتقادم ، سرى ذلك فى حق الدائن .

(٤) إذا حول المدين الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، كانت الحوالة نافذة فى حق الدائن .

(٥) إذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز فى حق الدائن .

(٦) بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لايستطيع مدين المدين أن يوفى الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده[٣] . على أنه حتى فى هذه الحالة يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه فى هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه فى حجز ما للمدين لدى الغير . ويدل على أن المدين يبقى دائناً لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين

(١) انظر فى هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

(٢) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٣) حتى لو كان دين مدين المدين مقترنا بأجل أو معلقا على شرط ، فيجب على مدين المدين فى هذه الحالة أن يوفى الدين للدائن لا للمدين ، وذلك بعد أن يحل الأجل أو بعد أن يتحقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٨) .

للدائن ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ، وخصم ما وفى به من الدين الذى فى ذمة المدين للدائن (١) .

(٧) ولو أن لمدين المدين دائنين ، هما المدين والدائن ، فليس هناك تضامن بينهما لانعدام السبب القانونى للتضامن (٢) .

---

(١) قارن ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ . ويذهب إلى أن مدين المدين ، من وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، يصبح مدينا للدائن وحده ، وتنتهى مديونيته للمدين .

(٢) ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

الفصل الثانى

الدعوى البولصية *

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne — Action révocatoire)

٥٦٧ — الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البولصية — عدم الرقة فى تسميتها دعوى ابطال التصرفات : قدمنا أن الدائن ينفذ فى حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فاذا زادت هذه التصرفات فى أموال المدين قوى الضمان العام للدائن ، وإذا انتقصت منها ضعف هذا الضمان . والدائن فى الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوى ضمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنه من التصرفات ، وما دام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن إذا لم يكن المدين حسن النية وكان القصد من تصرفه الإضرار بالدائن بانقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن فى هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره . وهو يطعن فيه بالدعوى البولصية . والمعروف أن التسمية اشتقت من اسم البريطور (Préteur) الرومانى الذى كان أول من أدخلها فى القانون الرومانى ، وان كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة فى القانون الرومانى أصبحت الآن محل شك كبير(١) .

---

* مراجع : جيللوار (Guillouard) بحث فى الدعوى البولصية — أشير (Acher) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ — جروبيه (Grouber) فى الدعوى البولصية فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — فينيرون (Vigneron) فى الغش فى نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — باستيان (Bastian) بحث فى إقامة نظرية عامة فى عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ ومابعدها — انظر أيضاً مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنقيرى فى مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ — ص ٣٣٦ و ص ٤٢٣ — ص ٤٣٠ .

(١) ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس إلا شخصاً خيالياً اخترعه بعض المحشين (glossateurs). ولم تكن الدعوى البولصية فى عهد القانون الرومانى المدرسي دعوى واحدة ، =

وكانت هذه الدعوى تسمى « بدعوى إبطال التصرفات » ، وقد استعمل التقنين المدنى السابق (م ١٤٣/٢٠٤) لفظ « إبطال » فى صددها ، وإن كان قد عدل فى مكان آخر (م ٥٥٦/٦٨٠) إلى لفظ « الطعن » وهو أدق من لفظ الإبطال . والواقع من الأمر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه (انظر المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى الجديد) . فاذا أجيب إلى طلبه ، لم يسر التصرف فى حقه ، ولكنه يبقى قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البولصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون « دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (انظر المادة ٢٤٣ من التقنين المدنى الجديد) ، أو نستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهى « الدعوى البولصية » .

ونرى مما تقدم أن الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البولصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهى والدعوى غير المباشرة يواجهان معاً مديناً معسراً . إلا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، أما الدعوى البولصية فتعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً هو إقدامه على التصرف فى حقوقه عن عمد لا عن

= بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين فى حالات مختلفة ، ولم تتوحد فى دعوى واحدة إلا فى عهد جوستنيان . وكان لهذه الدعاوى فى إجراءات القانون الرومانى الطابع الجماعى (caractère collectif) ، إذ كانت لا تعطى إلا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين فى شخص ممثل لهم هو الذى كان يوكل إليه تصفية أموال المدين (curator bonorum vendendorum) ، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البولصية فى القانون الحديث من دعوى جماعية (action collective) إلى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ أشير Acher فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ – جيرار Girard ص ٤٣٥ – ص ٤٣٧ – أكارياس Accarias ٢ فقرة ٨٥٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٣) .

وقد نبتت الدعوى البولصية على هذا النحو فى تربة عملية ، ثم أقرتها التقاليد ، فأصبح لأحكامها مميزان : (ا) فهى أولا أحكام تقليدية ، ولذلك تصطدم فى بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد ردها التقنين المدنى المصرى الجديد إلى المنطق فى كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهى ثانياً أحكام عملية ، فللاعسار معنى عملى فى هذه الأحكام ، ولا يعتد بالثمن الذى يعطيه المشترى المدين ما دام يتعذر عملياً على الدائن أن ينفذ عليه (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ هامش رقم ٣) .

مجرد إهمال بقصد الإضرار بدائنه . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التي نظمها القانون ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية التي نظمها ضد العمل السلبي . فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

ويتبين من ذلك أن الدعوى البولصية تختلف اختلافاً واضحاً عن الدعوى غير المباشرة . ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى ، فيطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية ، فاذا لم ينجح في هذا الطعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه في هذا التصرف(1) . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة لأنهما دعويان مختلفتان كما قدمنا ، فلا يستطيع مثلا أن يطعن بالدعوى البولصية في بيع صدر من مدينه وفي الوقت ذاته يستعمل حق هذا المدين في المطالبة بالثمن (2) .

والدعوى البولصية وإن كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة : إلا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية ، أو إثارتها مسألة أولية(3) .

---

(1) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ .

(2) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالا ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية ، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندما ووجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب الوقف قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة لصدورها غشاً وتدليساً وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فانه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البولصية في آن ، وإنما هو أثار الدعوى البولصية كمسألة أولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البولصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البولصية ، فأنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تكييف هذا الدفاع ، وتعين نقضه (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(3) انظر حكم محكمة النقض المتقدم ويقول أنه ليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية =

٥٦٨ — ما استحدثه التقنين المدنى الجديد فى الدعوى البولصية:
وقد استحدث التقنين المدنى الجديد بعض التعديلات الهامة فى الدعوى البولصية. وأهم تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لايقتصر على الدائن الذى رفعها ، بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها . ثم أن التقنين الجديد وسع فى نطاق التصرفات التى يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات التى تنقص حقوق المدين ، بل أيضاً تلك التى تزيد فى التزاماته ، وكذلك الوفاء الحاصل من المدين المعسر وتقديمه أحد دائنيه على الآخرين دون حق . وعمد التقنين الجديد إلى الأخذ بأسباب التيسير فى مسائل الإثبات ، فأقام قرائن قانونية على إعسار المدين وعلى غشه وعلى تواطؤ الخلف الأول والخلف الثانى فى هذا الغش . وجعل التقنين الجديد للخلف سبيلا لتوقى أثر الدعوى ، إذا هو أودع الثمن خزانة المحكمة . وأنشأ تقادماً خاصاً للدعوى مدته ثلاث سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذى يظل فيه مصير التصرف معلقاً .

على أن التقنين الجديد لم يكتف بتنظيم الدعوى البولصية على هذا النحو ، بل عمد إلى تنظيم أعم وأشمل لحالة إعسار المدين فى جملتها كما سنرى (١) .

= استقلالا ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البولصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين فى حق دائنه ، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع فى صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلا ، فإن تسجيله لايحول دون أن يدفع الدائن فى مواجهة المتصرف إليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البولصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٧ ص ٣٨٨ — انظر أيضاً : نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ — استئناف مصر ٢١ ابريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٦ ص ١٦٤) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية (حكم استئنافى) بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البولصية بصفة دعوى فرعية ، فإذا رفعت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزع الملكية ، جاز للدائن الذى طلب نزع الملكية أن يطعن فى دعوى فرعية فى العقد الذى بنيت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين إضراراً به (١٧ مارس سنة ١٩٠٨ مجموعة رسمية ١ رقم ٦ ص ١٢) .

(١) وهذا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما الدعوى الثانية : وهى الدعوى البولصية ، فقد عدل المشروع أحكامها تعديلا جوهرياً من وجوه عدة . =

ونبحث الدعوى البولصية فنتكلم : (أولا) فى شروط هذه الدعوى (ثانياً) وفى الآثار التى تترتب عليها .

الفرع الاول

شروط الدعوى البولصية

٥٦٩ — النصوص القانونية : تنص المـادة ٢٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لـكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » .

=فقد جعل منها إجراء جماعياً مشتركاً بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال إجراء فردياً يتخذه أى دائن مستقلا عن الدائنين الآخرين ، ولكن فائدة الدعوى هى التى أصبحت جماعية مشتركة لا يستقل بها دائن دون آخر) بعد أن كانت إجراء فردياً فى أحكام التقنين الحالى (السابق) ، فلا يقتصر نفعها فى وضعها الجديد على من يرفعها من الدائنين ، بل يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها ... وقد بسط المشروع كذلك من نطاق فكرة التصرف المدخول الذى يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يعد أمرها قاصراً على التصرف المفقر بمعناه الضيق الجامد كما استقر فى التقاليد ، بل جاوز ذلك إلى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أو انقاص حقوقه من ضروب التصرفات ... وقد أجاز المشروع أيضاً أن يطعن من طريق الدعوى البولصية فى الوفاء الحاصل من المدين المعسر وإيثاره أحد دائنيه بالأفضلية بغير حق ... ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع عمد إلى الأخذ بأسباب التيسير والتبسيط فى كل ما يتعلق بالإثبات ، فيسر أمر إقامة الدليل على إعسار المدين وغشه واشتراك الخلف الأول والخلف الثانى فى هذا الغش ... ثم أنه هيأ مخرجاً للخلف ، فعصمه من آثار الدعوى إذا قام بالوفاء بحق الدائن أو قام بإيداع الثمن ... وأنشأ تقادماً مدته سنة (أصبح ثلاث سنوات بتعديل من لجنـة مجلس الشيوخ) ، حتى لا يطول أمد الفترة التى يظل مصير التصرف فيها رهيناً بمباشرة الدعوى . ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البولصية من تعـديل فهى لا تعدو أن تكون تنظيماً جزئياً لإعسار المدين بالنسبة لتصرف معين صدر منه ، وهى بوضعها هذا لا تغنى عن تنظيم أعم وأشمل يتناول حالة الإعسار فى جملتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥) .

وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتى :

« ١ — إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

« ٢ — أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » .

« ٣ — وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً » .

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتى :

« إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » .

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتى :

« ١ — إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة » .

« ٢ — وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » .

وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتى :

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميع الأحوال

بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه[1]» .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣٧ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٢ — ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أو كان ينبغى أن يعلم ذلك » وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الأولى ، وفيما عدا عبارة « فلا يصح الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض » وهى الواردة فى الفقرة الثالثة ، فانها وردت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بعوض » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حذفت عبارة « وكان ينبغى أن يعلم ذلك » من آخر الفقرة الأولى ، وأصبح رقم النص المادة ٢٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض » بالعبارة المقابلة التى وردت فى المشروع التمهيدى ، وذلك حتى « لا يكون عقد الخلف الثانى معرضاً للطعن إلا إذا كان عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الأول » . وأصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٥ — ص ٦١٨) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، وأثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، ليكول أدل على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠) .

م ٢٤٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض فى هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحاً ، فأجيب بأن قرينة الغش متوافرة قطعاً ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد فى النص . ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٨ — ص ٦٣٠) .

م ٢٤٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا إحدى مدتى التقادم التى حددت بثلاث سنوات فقد كانت سنة =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٤٣/٢٠٤ و٥٥٦/٦٨٠ و٥٣/٧٦ والمادة ٧٤ من التقنين المدنى المختلط[(١)] .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٣٨ — ٢٤٠ و٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٦٣ — ٢٦٥ و٢٦٨—٢٦٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٤٠—٢٤٢ و٢٤٥—٢٤٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٨[(٢)] .

=واحدة فى المشروع التمهيدى ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، وأصبح رقمه المادة ٢٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض أن تكون إحدى مدتى تقادم الدعوى البولصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة ، تبدأ من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف أو من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، فرأت اللجنة الأخذ بالاقتراح فى شقه الأول وزادت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات توخياً للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثانى منه لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لايعلم الأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٣٠ و ص٦٣٤ — ص ٦٣٥) .

(١) نصوص التقنين المدنى السابق : م ١٤٣/٢٠٤ : « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضراراً بهم » .

م ٥٥٦/٦٨٠ : « لا يجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل إلا إذا كان التصرف حاصلا للإضرار بحقوقهم » .

م ٥٣/٧٦ : «لا يجوز لأحد أن يوقف ماله إضراراً بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف لا غياً» .

م ٧٤ مختلط (لامقابل لها فى التقنين الأهلى) : « لا يجوز لأحد أن يهب شيئاً إضراراً بمداينيه الموجودين وقت الهبة » .

وقد قدمنا ما استحدث التقنين المدنى الجديد من تعديلات هامة فى الدعوى البولصية . وانظر فى العيوب العديدة التى تشوب نصوص التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) . وانظر فى شرح نصوص التقنين المدنى العراقى الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى ص ٨١ — ص ٩٦ .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٨ : يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الأداء أن =

٥٧٠ — الفكرة الاساسية في شروط الدعوى البولصية : يمكن أن ترد شروط الدعوى البولصية جميعا إلى فكرة أساسية واحدة هي أن المدين بغشه يقصد الإضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشاً في ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينتقص من الضمان العام لدائنيه[1] .

ويتبين من النصوص التي قدمناها أن شروط الدعوى البولصية ، كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى التصرف الذي يطعن فيه الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين. ثم ان التقنين المدني الجديد قد استحدث للدعوى البولصية ، كما رأينا ، تقادماً خاصاً تستكمل به شروط رفعها .

المبحث الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٧١ — يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء : حتى يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية يجب أن يكون حقه مستحق

= يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم ، وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز . أما العقود التي لم يكن بها المديون إلا مهملا للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ . وهذه الدعوى المسماة « بالدعوى البوليانية » يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدهم المديون خدعة . غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون . ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله. وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات.

(وتنظيم الدعوى البولصية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون الفرنسي ، ويختلف عن القانون المصري في بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبناني لا يجعل الدعوى تفيد إلا الدائن الذي رفعها دون غيره من الدائنين ، وأن مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات . ولم يبين تقنين الموجبات والعقود اللبناني ما إذا كان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في التصرف الذي يزيد في التزامات المدين ، ومتى يجوز الطعن بهذه الدعوى فيما يقوم به المدين من أعمال الوفاء بالدين — انظر في الدعوى البولصية في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦١ — ص ٦٧) .

(١) وقد لخصت محكمة النقض شروط الدعوى البولصية على الوجه الآتي : إذا كانت محكمة =

الأداء[1] وفى هذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة ، فقد قدمنا أنه يكفى فى الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البولصية أكبر خطراً من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل فى أعمال المدين تدخلا خطيراً إذ يطعن فى تصرف صدر منه ، ويقيم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له ، ولا يكون ذلك إلا لأن الدائن قد اعتزم التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء . أما فى الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، فالدعوى أقرب إلى الأعمال التحفظية من الدعوى البولصية ، فلم يشترط القانون فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بأن يكون خالياً من النزاع . وقد صرح التقنين المدنى الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين ، فأعطى الدعوى البولصية « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء » (م ٢٣٧) ، وأعطى الدعوى غير المباشرة « لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء » (م ٢٣٥)[2].

وبديهى أنه ما دام يشترط فى الدائن ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، فان هذا الحق يجب أيضاً أن يكون خالياً من النزاع على النحو الذى بسطناه فى الدعوى غير المباشرة ، فان استحقاق الأداء مرتبة فى

= الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استخلصته من ذلك وبين المعانى القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهى كون دين رافع الدعوى سابقاً على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيىء النية متواطئين على الإضرار بالدائن ، ثم قضت بعد ذلك بإبطال التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديد مستوفى الأسباب (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٨ ص ١٠٩٥ — انظر أيضاً استئناف مصر ٢١ يونيه سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٧١ ص ٥٧٣) .

(١) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ (حيث وردت فى الحكم عبارة «دين محقق الوجود» ويراد بها « دين مستحق الأداء ») — نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) — ومن كان حقه صورياً لا يجوز له الطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البولصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ .

الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النزاع ، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى فان المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشترطة .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن إذا كان حقه متنازعاً فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية[١] . كذلك لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذى يكون حقه معلقاً على شرط واقف[٢] أو مقترناً بأجل واقف[٣] ، لأن الحق حتى إذا كان خالياً من النزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع فى حالتى الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق فى استعمال هذه الدعوى لا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما إذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ ، فان الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء[٤] .

---

(١) استئناف أهلى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويعتبر حق الكفيل فى الرجوع على المدين المكفول خالياً من النزاع منذ يعلن الدائن الكفيل بوفاء الدين ، ولذلك يجوز للكفيل فى هذا الوقت أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البولصية (محكمة المنصورة المختلطة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٥ ص ١٠٩) — وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، ثم صدر حكم ابتدائى يحسم النزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت فى الاستئناف الذى يتوقف عليه مصير الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٩ .

(٣) وسنرى أنه يشترط فى المدين أن يكون معسراً . ولا تعارض بين إعسار المدين وبقاء أجل الدين فى الدعوى البولصية لسببين : (١) الأجل لا يسقط بمجرد الإعسار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر به حكم كما سنرى ، فجاز أن يكون المدين معسراً ، دون أن يسقط الأجل ، إذا لم يصدر حكم بالإعسار . (٢) وللإعسار فى الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة ، إذ يعتبر إعسارا فى هذه الدعوى إلا يكون للمدين مال ظاهر يفى بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفى بجميع الديون، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . كذلك يعتبر إعساراً أن يتصرف المدين فى عين من أعيان تركة مستغرقة بالديون ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تفى بديون التركة — فى جميع هذه الأحوال لا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار لرفع الدعوى البولصية ، فلا يجوز عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ .

٥٧٢ — أى دائن حقه مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية : وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لا فرق فى ذلك بين دائن شخصى ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز على النحو الذى قدمناه فى الدعوى غير المباشرة (١).

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء، فيستطيع المضرور فى العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويطعن فى تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد «تهريب» ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض

---

(١) إذ لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سبباً فى إضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ – لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٣ — ص ١٩٤ وهامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٧ — فتحى زغلول ص ٣٦٩) .

فإذا كان الشىء الذى تصرف فيه المدين هو غير الشىء الذى ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين العينى يعتبر دائناً شخصياً بالنسبة إلى هذا الشىء . ولكن يشترط فى هذه الحالة أن الشىء الذى ترتب عليه التأمين العينى يكون غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) . أما إذا كان الشىء الذى تصرف فيه المدين هو الذى ترتب عليه التأمين العينى ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك فى التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع الشىء فى يد الغير فيعرضه ذلك إلى خطر التطهير (انظر فى مبررات أخرى استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش رقم ٥ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين العينى الطعن فى التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر فى إجراءات التطهير أو حتى بعد أن يزيد العشر ، وحتى بعد أن يبدأ فى التنفيذ بحقه على ثمن العين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤) . ويتبين مما تقدم أن المدين إذا تصرف فى الشىء المرهون ، فشرط الإعسار يأخذ معنى جديداً ، ويكفى لتوافر هذا الشرط أن يفوت الدائن التنفيذ على العين المرهونة ذاتها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المستحق له [١].

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتاً فى سند قابل للتنفيذ ، فان الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البولصية ، ذلك أن القاضى فى هذه الدعوى يبحث صفة المدعى فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء ، فحكمه باجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البولصية حكم بحق الدائن ، فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ .

ولا فرق كذلك ، فى رفع الدعوى البولصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء فى استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذى قدمناه فى الدعوى غير المباشرة .

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ففى الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البولصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه [٢] .

ولكن يشترط ، خلافاً للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

المبحث الثانى

الشروط التى ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ — شروط ثلاثة : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفاً قانونياً (٢) مفقراً (٣) تالياً فى الوجود لحق الدائن .

---

(١) وكذلك يجوز للدائن فى حساب لم تنته تصفيته أن يطعن فى تصرف صدر من مدينه بالدعوى البولصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذى يطعن فى تصرف المدين دائناً لشركة تضامن ويكون التصرف الذى يطعن فيه صادراً من شريك غير مدين له شخصياً (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز للحارس القضائى المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن فى الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المطلب الأول

تصرف قانونى

٥٧٤ — لا طعن فى الأعمال المادية : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفاً قانونياً (acte juridique) . فاذا كان عملا مادياً ، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدين تسبب عمداً أو إهمالا فى الإضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسراً ، فلا سبيل للدائن إلى الطعن فى العمل غير المشروع ، فان هذا العمل بحكم أنه عمل مادى نافذ ضرورة فى حق الدائن .

كذلك لو ترك المدين عيناً مملوكة له فى يد الغير حتى ملـكها الغير بالتقادم ، فانه لا يتصور أن يطعن الدائن فى هذا العمل المادى السلبى — وهو ترك المدين العين حتى تملـكها الغير — ولـكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة .

أما إذا كان العمل المادى إثراء على حساب الغير ، فان المدين لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثرى به هو وقيمة ما افتقر به دائنه ، فلن يكون هذا الالتزام سبباً فى إعسار المدين أو فى زيادة إعساره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادى ، بل أيضاً لأنه لا يؤدى إلى إعسار المدين[1] .

٥٧٥ — انما يكون الطعن فى تصرف قانونى : وأى تصرف قانونى يصدر من المدين يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت الشروط الأخرى لهذه الدعوى ، سواء كان التصرف صادراً من جانب واحد أو كان صادراً من الجانبين ، وسواء كان تبرعاً أو معاوضة .

---

(١) كذلك إذا وفى المدين بدين غير مستحق عليه ، فإن الوفاء مع أنه تصرف قانونى يكون عادة مصحوباً بغلط ، أى أن المدين يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن الطعن فى هذا الوفاء بالدعوى البولصية لتخلف شرط الغش . ولكن يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يستعمل ، بالدعوى غير المباشرة ، حق المدين فى استرداد غير المستحق .

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد نزول المدين عن حق عيني (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، ونزوله عن وصية صادرة له ، ونزوله عن اشتراط لمصلحته ، وإبراؤه مديناً له إذ الإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد في التقنين المدني الجديد ، ووقفه عيناً مملوكة له وقفاً خيرياً (بعد إلغاء الوقف الأهلي)[١] ، والأجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد قابل للإبطال إذا كانت صحته تضر بالدائنين[٢] .

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، تبرعاً أو معاوضة ، الهبة والبيع[٣] والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة والصلح[٤] والاشتراط لمصلحة الغير[٥] . وسنرى أنه يجوز أيضاً الطعن في إعطاء تأمين للدائن لتقديمه على غيره من الدائنين ، وفي الوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

٥٧٦ — صورتان للدعوى البولصية — التدخل في القسمة واعتراض الخارج عن الخصومة :

وهناك صورتان خاصتان للدعوى البولصية ، هما التدخل في القسمة واعتراض الخارج عن الخصومة .

أما بالنسبة إلى التدخل في القسمة ، فقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ — لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب

---

(١) وقد نص التقنين المدني السابق (م ٥٣/٧٦) صراحة على الوقف (استئناف أهلي ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع في مرض الموت يأخذان حكم الوصية ، فلا يحتاج الدائن إلى الطعن فيهما ولا في الوصية ، فإنه يستوفي حقه من التركة قبل استيفاء الموصى له للوصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩١ هامش رقم ٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ — ويجوز الطعن في الصلح بالدعوى البولصية حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٥) كما إذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة أولاده ، فللدائن إذا نجح في الدعوى البولصية أن ينفذ على أقساط التأمين التي خرجت من مال المدين ، لا على مبلغ التأمين الذي هو حق مباشر للمشترط لهم .

عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى للقسمة . ٢ ـ أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش » . وهنا نرى الدعوى البولصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر قبل وقوعه ، فهو يتدخل فى إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الإضرار بحقه . على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن فى إجراءاتها ، وتبين أن المدين قد تعمد الإضرار بحقوق الدائن ، بأن أفرز مثلا لنفسه نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن ، فانه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، فى صورتها العادية المألوفة ، لإصلاح ماوقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه[1] .

وأما عن اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم » . وهنا يطعن الدائن ، لا فى تصرف قانونى صدر من مدينه ، بل فى حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضراراً بالدائن ، أو نتيجة لإهمال جسيم من المدين فى دفاعه عن حقه . وغنى عن البيان أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسرى فى حق الدائن فينتقص من ضمانه العام ، لولا أن أجاز تقنين المرافعات الجديد ـ وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧ـ٣٣٨) وتقنين المرافعات المختلط (م ٤١٨) دون

(١) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهليــة بأنه وإن كانت المــادة ٤٦٠ مدنى (٨٤٢ جديد) تجيز لأرباب الديون الشخصية التى على أحد الشركاء الدخول فى دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فان القسمة التى تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية ، بل يجوز إلغاؤها بناء على طلبهم إذا ثبت أنها أضرت بحقوقهم (١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١/١٨). انظر أيضا فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢ ـ ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ ـ ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ ـ ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ ـ ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦ ـ ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

تقنين المرافعات الأهلى السابق – للدائن الطعن فى الحكم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة[١] . وهذه الصورة من الطعن هى صورة خاصة للدعوى البولصية تتلاءم مع طبيعة الحكم . فاذا أثبت الدائن فى الاعتراض الذى يرفعه ضد المحكوم له (م ٤٥١ مرافعات) غش المدين أو تواطؤه أو إهماله الجسيم ، لم يصبح الحكم المطعون فيه حجة عليه ولم يسر فى حقه . وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البولصية فى أمرين : (١) يكفى فى هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن إهمالا جسيما من المدين دون أن يثبت غشه . (٢) لايستفيد من الطعن فى هذه الصورة الخاصة إلاالدائن الذى رفع الاعتراض (م ٤٥٥ مرافعات) دون سائر الدائنين .

المطلب الثانى

تصرف مفقر

٥٧٧ – تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته : ويجب أن يكون التصرف القانونى الصادر من المدين تصرفاً ينقص من حقوقه[٢] أو يزيد فى التزاماته ، وهذا هو المعنى المقصود بالتصرف المفقر (acte d'appauvrissement) .

على أن هذه العبارة – التصرف المفقر – كانت محدودة المعنى فى عهد التقنين

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يوليه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ — الأستاذ عبد الحميد أبو هيف فى المرافعات فقرة ١٢٨٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ — هيك ٧ فقرة ٢٢٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٤ .

(٢) وغنى عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القانونى دون العمل المادى ، فإذا نزع المدين من العقار المرهون رهنا رسميا بعض توابعه التى اعتبرت عقارا بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الأساس ، فإن هذا العمل المادى لا يطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولكنه باعتباره عملا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سببا فى حلول أجل الدين أو فى مطالبة الدائن المدين لتأمين تكميلى ، كما تقضى بذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدنى (قارن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البولصية فى هذه الحالة) .

المدنى السابق ، إذ جرت تقاليد الدعوى البولصية على أن يكون التصرف المفقر هو التصرف الذى ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذى يزيد فى التزاماته (١).

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عيناً مملوكة له أو يبرىء مديناً من حق له فى ذمته ، فقد أنقص حقوقه إذ تبرع بحق عينى فى حالة الهبة وبحق شخصى فى حالة الإبراء (٢). كذلك رفض المدين لوصية يعد إنقاصاً لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الموصى له يملك الشىء الموصى به بموجب الوصية ، فاذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة نزول عن شىء مملوك له. ويجوز للدائن ، بعد الطعن فى رفض المدين للوصية ، أن يقبلها باسمه ، فان القبول هنا ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقدم ذكر ذلك (٣). كذلك إذا باع المدين عيناً أو حقاً شخصياً فى ذمة مدين له بطريق الحوالة ، فقد أنقص من حقوقه حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، أما الثمن الذى قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمناً بخساً أو أنه استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقر كان سبباً فى إعسار المدين أو فى زيادة إعساره ، وهو شرط لازم فى الدعوى البولصية كما سنرى .

أما أن يزيد المدين فى التزاماته فكان فى عهد التقنين المدنى السابق ، كما سبق القول ، لا يعتبر تصرفاً مفقراً ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . انظر فى القانون الرومانى جاييس ٢ فقرة ١٩٥ .

(٢) كذلك يجوز الطعن فى قبول المدين لحكم صدر ضده (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١) وفى إجازة المدين لتصرف كان قابلا للابطال (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٢ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٤٤ — قارن دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ — وانظر عكس ذلك : سيتا ٢ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤— استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .

انظر فى إمكان الطعن فى رفض المدين لربح أصابه من رهان أو « يانصيب » ، وهو ربح أصبح ملكاً له فرفضه يكون إنقاصاً لحقوقه ، إلى دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٦ .

فاستحدث التقنين المدنى الجديد تعديلا هاماً فى هذه المسألة ، إذ نص صراحة فى المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البولصية « إذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد فى التزاماته » ، وبذلك عالج عيباً تقليدياً فى الدعوى البولصية كان يستوقف النظر . فان المدين الذى يقترض حتى يزيد فى التزاماته فيعسر (١) ، يضر بدائنيه بالقدر الذى يضرهم به لو باع عيناً مملوكة له فأنقص من حقوقه وكان هذا الإنقاص سبباً فى إعساره . فهو قد أضعف ضمان الدائنين فى الحالتين بعمل إيجابى ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو بانقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة إلى الدائنين . فالمنطق إذن يقضى بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كانقاصه لحقوقه ، تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . وقد سار فعلا على هذا الرأى بعض الفقهاء فى فرنسا (٢) . ولكن تقاليد هذه الدعوى تأبى إلا أن تميز بين الشيئين ، ولا تجعل التصرف المفقر إلا ذلك النقص المادى فى الحقوق ، وهو النقص المباشر الذى يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهى لا تنقص الحقوق إلا بطريق غير مباشر (٣) . ويبنى على ذلك ، إذا نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلا

---

(١) وغنى عن البيان أننا نفترض أن المدين عندما اقترض أخفى ما اقترضه ، وإلا لما كان القرض سبباً فى إعساره أو فى زيادة إعساره متى وجد مبلغ القرض فى ماله ، إذ يكون فى هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افتقر ، فلا يكون للقرض أثر فى إعساره . وعلى هذا النحو يعلل بعض الفقهاء فى فرنسا كيف أن زيادة الالتزامات ليست عرضة للطعن فيها بالدعوى البولصية ، هذا ما لم يكن المدين قد شاطر الدائن ما اقترضه ، فيكون القرض فى هذه الحالة سبباً فى افتقاره (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٢٤) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — قارن أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨ .

ثم أن القضاء والفقه فى فرنسا يجيزان للدائن أن يطعن فى قبول الوارث المدين لتركة معسرة أو فى قبول الزوجة المدينة للروكية المعسرة . واعتراض الدائن على عمل مدينه فى هذا القبول إنما يقوم على أن المدين يزيد فى التزاماته بأكثر مما يزيد فى حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها إعساره هو . فالعمل الذى يطعن فيه الدائن هو إذن زيادة المدين لالتزاماته (نقض فرنسى ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ١ — ٢٣٩ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودرى وقال فى الميراث ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دى باج ٣ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — أوبرى ورو ٤ فقره ٣١٣ ص ٢١٠ — بلانيول =

من أن يبيع عيناً مملوكة له بثمن بخس إضراراً بدائنيه ، يشترى عيناً بثمن باهظ متواطئاً مع البائع حتى يصبح هذا دائناً له بالثمن أى بمبلغ جسيم يكون سبباً فى إعساره ، فيصل من هذا الطريق إلى الإضرار بدائنيه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال[1] . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها ، وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الرومانى إلى هذا الحد. وهذا ما فعله التقنين المدنى الجديد ، عند ما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين الذى يزيد فى التزاماته[2] . ومن ثم يجوز للمدين الطعن فى عقد القرض الذى يقترض المدين بموجبه مبلغاً من المال يزيد فى التزاماته فيسبب إعساره أو يزيد فى هذا الإعسار ، وفى عقد الشركة الذى يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغاً من المال كحصة له فى الشركة ويكون هذا الالتزام سبباً فى إعساه، وفى عقد التأمين الذى يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطاً مرتفعة فيسبب هذا الالتزام إعساره[3] ، وهكذا .

٥٧٨ — تفضيل دائن على آخر دون حق والوفاء لبعض الدائنين دون بعض : وهناك تصرفان قانونيان كانا محلا للجدل فى عهد التقنين المدنى السابق ، فخصهما التقنين المدنى بنص حسم به الخلاف .

فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على إعطائه ضماناً خاصاً ، كرهن مثلا ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى

=وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٢٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ .

(١) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٦ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٣١ .

(٣) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٨ — والعبرة بتاريخ التصرف الذى زاد فى التزامات المدين ، فإن كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجز الطعن فيه بالدعوى البولصية تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى السابق ، وإلا جاز الطعن فيه تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

البولصية ؟ كان الحكم مختلفاً عليه فى عهد التقنين المدنى السابق . فكان هناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز الطعن فى هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذى حصل على هذا الضمان بغش المدين ، ما دام هو يسعى للتأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع[1] . فأورد التقنين المدنى الجديد نصاً صريحاً فى هذه المسألة ، إذ قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه « إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة » . ويخلص من هذا النص أن إعطاء المدين لأحد الدائنين ضماناً خاصاً يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ويجب التمييز فى هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلا له . ففى الفرض الأول يكون التصرف تبرعاً ، ولا يشترط فى جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية غش الدائن الذى حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذى أعطى هذا الضمان[2] . أما فى الفرض الثانى ، إذا أدى الدائن مقابلا للضمان الذى حصل عليه ، كأن مد فى أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فان التصرف يكون معارضة . ويشترط إذن فى جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، كما سنرى ، إثبات غش كل من المدين والدائن ، أى إثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين . وفى الفرضين ، إذا نجح الطعن فى التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذى حصل عليه الدائن غير نافذ فى حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التى كان يسعى إليها من غير حق[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

(٣) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١١٥ ص ١٥٤ — وقد يكون من أعطى الضمان كفيلا عينيا ، فإذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلا لهذا الضمان ، بأن مد مثلا فى أجل الدين أو منح المدين أجلا جديدا أو حط جزءا من الدين ، فإن التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة إلى الدائن وإن كان يعتبر تبرعا بالنسبة إلى الكفيل العينى . والعبرة فى الدعوى البولصية بمن حصل له التصرف ، فتكون العبرة هنا بالدائن الذى حصل على الضمان ، ويكون التصرف =

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من المدين ، فى عهد التقنين المدنى السابق . لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للاضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذى استوفى حقه بغش المدين ، فان علمه بهذا الغش ليس بدليل على أنه متواطىء معه ، إذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى إلى غرض مشروع[1] . أما إذا كان الدين الذى وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متنازلا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البولصية فى الوفاء إذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذى استوفى حقه قبل حلول الأجل[2] . وقد أورد التقنين المدنى الجديد نصا صريحا فى هذه المسألة عدل من هذه الأحكام . إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا ، بأنه « إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » . ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ويعتبر التصرف هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا لما كان عليه الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق ، لا غش المدين الذى عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذى تعجله . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشىء . ويجوز الطعن فى هذا الوفاء بالدعوى البولصية ، خلافا لما كان عليه الأمر

= معاوضة . فيشترط إذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل العينى فى تصرفه بالدعوى البولصية ، أن يثبتوا غش الكفيل العينى وغش الدائن الذى حصل منه على الضمان (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ وقارن فقرة ٩٥٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — قارب أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٩ .

(١) دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٢٣ — هالتون ١ ص ٣٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ — انظر أيضا : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — انظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ ، وقارن بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بجعل الدائن الذى استوفى حقه قبل الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التى كانت باقية من الأجل .

فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز . ولكن يشترط للطعن فى الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط فى المعاوضات ، فيجب إثبات غش المدين الذى وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذى استوفى حقه (١) .

ونلاحظ هنا أنه إذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائنيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى إنقاص حقوق المدين ، فانه لا يمكن أن يقال أن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره فيه إنقاص لحقوق المدين أو زيادة فى التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائنين الآخرين ، اذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينهم المعسر وفاء لحقوقهم ، ما دام أحد الدائنين قد استوفى حقه كاملا. ومن ثم عنى التقنين الجديد أن يورد نصاً خاصاً فى هذه المسألة (٢) .

---

(١) أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فكان ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان المقابل الذى أخذه الدائن يزيد كثيرا على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للأضرار بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ وانظر : بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير ورد وان ٧ فقرة ٩٤٩) . أما إذا كان الدائن لم يأخذ مقابلا لحقه إلا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن فى الوفاء بمقابل (استئناف أهلى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩١ / ٢ ص ٥٥٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وانظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين فى حق الدائن كلما كان التصرف صادراً إلى دائن توفية لدينه غير صحيح على إطلاقه ، إذ هو ، إن صح فى حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح فى حالة تفاوتهما تفاوتاً من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفية دين فحسب (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٦ – قارن أول ابريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣).

أما فى عهد التقنين المدنى الجديد فنرى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فإن كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يثبت الغش . وإن كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا ثبت الغش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والعبرة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، فإن حصل قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد .

(٢) انظر فى تفضيل دائن على آخر وفى الوفاء لأحد الدائنين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ — ٦٣٢ .

٥٧٩ — امتناع المدين من زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته :

أما إذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من إنقاص التزاماته، كما إذا رفض هبة أو أقر بدين فى ذمته تقادم بسنة واحدة وفقاً للمادة ٣٧٨ مدنى(١) . فظاهر أن هذا العمل ، وان أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر ، وليس للدائن أن يشكو منه، فانه لم يجرد المدين من حق كان داخلا فى ضمان الدائن ولم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان(٢).

وكان مقتضى ماقدمناه أن المدين إذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو اسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن فى ذلك ، لأن المدين لا يكسب الحق

(١) وتقضى هذه المادة بأنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فضى السنة وحده لا يقضى الدين ، بل لا بد فوق ذلك من يمين المدين . فإذا رفض المدين حلف اليمين وأقر بالدين ، لم يكن بإقراره هذا قد زاد فى التزاماته ، بل يكون قد امتنع من انقاصها . ثم أن دائنيه ، خلافاً لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، لا يجوز لهم باسمه أن يتمسكوا بالتقادم ، ولا أن يحلفوا اليمين مكانه ، فإن هذا أمر شخصى يتعلق بذمة المدين .

وإذا أبرأ دائن ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الإبراء ، كان هذا الرد وفقاً للتقنين المدنى الجديد تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الإبراء فى هذا التقنين تصرف يتم بإرادة الدائن وحده ، فبمجرد صدوره من الدائن يسقط الدين ، فإذا رد المدين الإبراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الإبراء قد زاد فى التزاماته . أما الإبراء فى التقنين المدنى السابق فكان لا يتم إلا بإيجاب من الدائن وقبول من المدين ، فرفض المدين للإبراء كان عندئذ يعد امتناعاً عن إنقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤) .

والنزول عن الميراث يعتبر فى فرنسا امتناعاً عن زيادة الحقوق ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة إلى الأجانب (أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨) . أما فى الشريعة الإسلامية فنزول الوارث عن ميراثه يعتبر إنقاصاً لحقوقه .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — هالتون ١ ص ٣٤١ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ١٣ — والتون ٢ ص ١١٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ — هذا إلى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالطعن فى عدم قبول المدين للهبة أو فى إقراره بالدين بعد تقادمه بسنة واحدة ، فأن هذا الطعن لا يعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لايستطيع أن يقبل الهبة أو أن يتمسك بالتقادم بسنة واحدة ، إذ القبول والتمسك فى هاتين الحالتين مجرد رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين ، وهما على كل حال متصلتــان بشخص المدين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٩ — فقرة ٩٤٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٧) .

ولا يسقط الالتزام إلا إذا تمسك بالتقادم ، فاذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد فى التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨ فقرة ثانية من التقنين المدنى[١] قضت بأن النزول عن التقادم المسقط لاينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم[٢] ، وبهذا الحكم أيضاً قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب . وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك ، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطاً كان أو مكسباً ، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقاً (م ٣٨٧ و٩٨٣ مدنى) . ويخلص من ذلك إنه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن النزول عن التقادم ليس تصرفاً مفقراً بل هو عمل يمتنع به المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يطعن فيه بالدعوى للبولصية بموجب النص الصريح[٣] .

٥٨٠ — الحق الذى تصرف فيه المدين يجب أن يكون مفيداً للدائن : وحتى يكون للدائن مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجب

---

(١) ويقابلها المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه يعتبر تبرعاً ، فان المادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدنى لم تشترط غش المدين ، لأن الغش لايشترط فى التبرعات . أما فى التقنين المدنى السابق (م ٢٠٦/٢٧٠) فقد كان النص يشترط غش المدين (أنظر فى تبرير ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وانظر مع ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم الغش للطعن فى النزول عن التقادم) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤١ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٧ — وقارن بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٥ وفقرة ٦٩٤ وبودرى وتيسييه فقرة ١١٦ — فقرة ١١٧ ، حيث يذهبون إلى أن التقادم فى ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى (وهى التى تقابل المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى كما قدمنا) ليست استثناء لامن قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البولصية ، إذ المدين يكون قد كسب حقاً يستعمله مدينه نيابة عنه ، وبالنزول عنه يكون قد أنقص من حقوقه أو زاد فى التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البولصية ، وقد سبقت الإشارة إلى أن من رأى هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذى زيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية فى القانون الفرنسى . وانظر فى هذه المسألة فى التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ هامش رقم ١ .

أن يكون الحق الذى تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، وإلا لم تكن له مصلحة فى الطعن . فاذا كان هذا الحق مثقلا بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئا للدائن[١]، أو كان الحق لايجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة والملكية الزراعية الصغيرة[٢] ، فان الدائن لا تكون له مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية[٣] .

على أن هناك من الأموال ما لا يجوز الحجز عليه ، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها . فالمستحق فى وقف — عندما كان الوقف الأهلى جائزاً — حقه فى الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه فى الاستحقاق ، قابل للحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة الأفدنة لايجوز الحجز عليها ، ولكنها تنتج ريعاً يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه . فاذا تصرف المستحق فى الوقف فى نصيبه فى الغلة إضراراً بدائنه جاز للدائن أن يطعن فى التصرف ، وإذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضاً للدائن الطعن فى هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ما له فى ذلك من مصلحة أى بقدر غلة الأرض[٤] .

كذلك لايجوز الطعن فى تصرف المدين إذا لم يؤد هذا الطعن إلا إلى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما إذا نزل الواهب عن حقه فى الرجوع فى الهبة ، فلا فائدة من الطعن فى هذا النزول ، إذ بفرض أن الدائن قد نجح فى طعنه وعاد للواهب حقه فى الرجوع فى الهبة ، فان الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين لأنه متصل بشخصه[٥] .

---

(١) استئناف مختلط ٦ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — بنى سويف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ — بنى سويف الجزئية أول يوليه سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ — شبين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ — ص ٧٨٧ .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ هامش رقم ٢ . وانظر : بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٦ .

(٥) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودرى وبارد ١ =

المطلب الثالث

تصرف تال فى الوجود لحق الدائن

٥٨١ — ارتباط هذا الشرط بشرط غش المدين : ويجب أخيراً أن يكون التصرف الصادر من المدين تاليا فى الوجود لحق الدائن الذى يطعن فى هذا التصرف (١) . وذلك لأن حق الدائن إذا لم يكن متقدماً على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين وفى وقت لم يكن الحق الذى تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه حتى يقال إنه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الغش فى جانب المدين ، وإنه أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجوداً وقت التصرف ، إلا فى فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعا أنه سيصبح مدينا فى وقت قريب ، فقصد بتصرفه الإضرار بالدائن

= فقرة ٦٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٧ — على أنه يجوز الطعن فى تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استعمالا لحق متصل بشخصه ، كما إذا اعترف ببنوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة أضراراً بالدائن (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩٢) .

(١) استئناف أهلى ٢ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ — استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ — ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ — ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ديرانتون ٢٠ فقرة ٥٧٣ — توليبه ٦ فقرة ٣٥١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٠ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ١ .

المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، فى وقت يسعى فيه لعقد قرض ، عيناً مملوكة له ، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن إلى أن المقرض لايستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . فى مثل هذا الفرض يجوز للدائن – رغماً من أن حقه تال لتصرف المدين – أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية ، لأن الغش فى جانب المدين قد توافر (١) .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن فى الوجود ليس فى الواقع إلا عنصراً من عناصر شرط الغش فى جانب المدين ، إذ لايمكن توافر هذا الشرط عادة إلا إذا كان تصرف المدين تاليا لحق الدائن ، فاذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر ، فالتأخر لايشترط (٢) .

٥٨٢ — مقارنة بالدعوى غير المباشرة : وقد رأينا فى الدعوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذى يستعمله الدائن لا أهمية له ، فقد يكون تاليا لحق الدائن وقد يكون سابقا عليه ، لأن الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين موجود فى أموال المدين حتى لو كان سابقاً على حق الدائن ، فهو إذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدعوى البولصية لو كان المدين قد تصرف فى الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فان حق المدين يكون قد خرج من ماله قبل أن تثبت للدائن صفته ، فهذا الحق لم يكن إذن جزءاً من ضمان الدائن (٣).

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ — ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٩ — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ – ص ١١٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٢ . ومثل ذلك أيضاً أن يقف المدين عقاراً ثم يقترض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

(٢) جروبييه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ٩٥٦ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ — ص ٧٨٤ — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — أما فى التبرعات ، فى القانون المصرى ، حيث لايشترط الغش ، فاشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن إنما يكون عنصراً من عناصر الضرر .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ .

٥٨٣ — العبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن فى الوجود ، فالعبرة فى المقارنة بين التاريخين بتاريخ حق الدائن فى الوجود لا فى الاستحقاق ، وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره.

العبرة بتاريخ حق الدائن فى الوجود لا فى الاستحقاق ، فلو كان الحق موجوداً قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البولصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خالياً من النزاع . فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البولصية فى تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أى فى وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، ما دام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البولصية . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقاً فى الوجود لا فى الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك فى أن الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل يعتبر موجوداً قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقاً فى الوجود على تصرف المدين[1] . وإذا تصرف المدين فى وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه فى دعوى الدائن ، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خالياً من النزاع ، أن يطعن فى تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فان الحكم ليس منشئاً لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق موجود قبل صدور التصرف من المدين [2] .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رقم ٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقر ٥٣ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

=

والعبرة فى التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره، لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التى تستوجب الشهر . فاذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تالياً لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقاً ، فليس للدائن أن يطعن فى البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه (١) .

٥٨٤ — كيفية اثبات أن تصرف المدين تال فى التاريخ لحق الدائن: بقى أن نعرف كيف يمكن إثبات أن تصرف المدين تال فى التاريخ لحق الدائن .

تقضى القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذى يطعن فى تصرف المدين ، يحمل عبء إثبات أن حقه سابق فى الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البولصية ، والدائن الذى يستعمل الدعوى هو المكلف باثبات توافر جميع شروطها .

فان كان مصدر حق الدائن عملا مادياً ، فمن السهل إثبات تاريخ وجود هذا الحق بالرجوع إلى الوقت الذى تم فيه العمل المادى المنشىء للحق. ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخاً عرفيا غير ثابت ، حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة الى هذا التاريخ قبل أن يثبت أن شروط الدعوى البولصية قد توافرت . فاذا كان تاريخ التصرف متأخراً على تاريخ العمل المادى ، فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق فى الوجود على تصرف المدين . أما إذا كان تاريخ التصرف متقدما على تاريخ العمل المادى ، ولم يكن تاريخاً ثابتا ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمداً ليكون سابقا على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البولصية (٢) .

وإن كان مصدر حق الدائن عقداً ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف . ولكن تاريخ التصرف ،

= ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجارى لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ — قارن الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات ص ٣٤٩ .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

ولو كان تاريخاً غير ثابت ، يكون أيضاً حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية كما قدمنا . ومن ثم إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف متقدماً على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية(١) . وغني عن البيان أن التصرف إذا كان له تاريخ ثابت ، فان مقارنة هذا التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معرفة أي التاريخين هو الأسبق .

أما إذا كان العقد الذي أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقد كان ينبغي ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له التصرف ، لأنه من الغير وقد قدمنا أن الغير لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن لأسباب عملية أغفل التقنين المصري الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي ، لأن الدائن – كما تقول المذكرة الإيضاحية(٢) – « يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين » . ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٢) وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية : « وقد كان في الوسع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع آثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي ، لا سيما أن القضاء المصري قد جرى على ذلك ... والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين . ولكن من المسلم أن عبء إقامة الدليل على تقدم الدين ، بطرق الإثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢) .

ويلاحظ أنه كان لا يكفي إغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريخ حجة على المتصرف إليه ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي (م ١٠٧ فقرة أولى) . فإن لم يوجد نص صريح في هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن المتصرف إليه من الغير فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . على أنه يمكن القول إن المتصرف إليه يكون عادة سيء النية في الدعوى البولصية ، ومتى أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير الثابت ، لأن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً إلا إذا كان حسن النية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (انظر في هذا المعنى بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ ، وقارب أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — وانظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠) .

حصل له التصرف ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمداً بالتواطؤ بين الدائن والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن فى التصرف بالدعوى البولصية [١] . ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قدمنا ، فان كان تاريخاً ثابتاً كانت حجيته مطلقة [٢] ، وإن كان تاريخاً غير ثابت كان حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . ومن ثم إذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقدماً على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية [٣] .

المبحث الثالث

الشروط التى ترجع إلى المدين

٥٨٥ — شرطانه رئيسيانه : أما الشروط التى ترجع إلى المدين فترد إلى شرطين رئيسيين : (أولا) الإعسار (ثانياً) الغش والتواطؤ [٤] .

---

(١) والراجح فى الفقه الفرنسى أن المتصرف له ، وهو معتبر من الغير ، لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ ص ٢٨٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ — داللوز أنسيكلو بيدى (action paulienne) فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — قارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ — ديموج ٧ فقرة ١٠٥٧ .

وقد سار القضاء اللبنانى على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى ٢٠ كانون الأول سنة ١٩٤٨ رقم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ — الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٦٣) . وفى القانون العراقى يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن (أحكام الالتزام فى القانون العراقى ص ٨٨ — ص ٨٩) .

انظر فى هذه المسألة فى التقنين المدنى المصرى السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ — الأستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٤٨٠ ، وفى التقنين المدنى الجديد الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٥٢ — ص ١٥٣ .

(٢) إلى حد الطعن بالتزوير بداهة .

(٣) انظر فى هذه المسألة آنفاً فقرة ١١٩ ص ٢١٥ — ص ٢١٧ .

(٤) أما وارث المدين فلا يشترط فيه شىء من ذلك ، وهو لا يستطيع بيع عين من أعيان =

المطلب الأول

الاعسـار

٥٨٦ – تصرف المدين يسبب اعساره أو يزيد فى اعساره : يشترط فى الدعوى البولصية أن يكون المدين معسراً ليست عنده أموال تكفى لوفاء حق الدائن .

والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب فى إعساره ، وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب ان يزيد التصرف فى إعساره [1]. وهذا ماتقضى به المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى، وقد تقدم ذكرها .

= التركة إلا بعد سدادالديون ، ولا يجوز للمشترى من الوارث،ولو سجل البيع ، أن يتطلب من دائن التركة توافر شروط الدعوى البولصية (استئناف مصر ٦ ابريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤) .

(١) استئناف أهلى ٦ نوفبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥ – استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ – ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ – ١٤ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ – ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ – ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ – استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ – ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ – ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ – ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ – ١٠ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ – ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ – ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ – ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ – ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ – ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ – ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ – ٦ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص١٥١ – ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٠ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٦ – لوران ١٦ فقرة ٤٣٤ – ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٧ – ص ١٩٨ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ – والتون ٢ ص ١٠٩ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ٢ .

فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب فى الإعسار ، بل بقى المدين موسراً بعد هذا التصرف[١] ، ولكن طرأ بعد ذلك ماجعله معسراً ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى التصرف . على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسراً ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة فى سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدى إلى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى هذه التصرفات كلها ولا يجتزىء بالتصرف الأخير الذى سبب مباشرة إعسار المدين[٢] .

وإذا كان المدين معسراً من بادىء الأمر ، ثم تصرف تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً فى زيادة إعساره ، فان التصرف لايكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية[٣] .

٥٨٧ — اثبات الاعسار : وقد وضع التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين . فاذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما فى ذمته من ديون . وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر ، وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين ، وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك باثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها . فان لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً .

٥٨٨ — الاعسار فى الدعوى البولصية وما ينطوى عليه من مرونة: والإعسار فى الدعوى البولصية ، كالإعسار فى الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه[٤] ، لا الإعسار

---

(١) انظر : نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٣٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — والتون ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٠ .

(٣) قارب نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٧ ص ٦٩٩ .

(٤) قارن الأستاذ اسماعيل غانم فقرة ١١١ ، ويذهب إلى أن العبرة بالديون المستحقة الأداء كما فى حالة شهر الإعسار .

القانونى الذى يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

وللإعسار فى الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة .

فاذا طولب المدين باثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لايتعذر التنفيذ عليها ، وإلا اعتبر معسراً (١) ، ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب إعساره . ويكفى لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عيناً مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه (٢) .

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أوكان دائناً فى وعد برهن أوكان دائناً مرتهناً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن (٣) ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لايريد تتبع العين حتى لايضطر إلى تحمل إجراءات التطهير ، ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية مادام الدائن لايستطيع أن يصل إلى العين ذاتها الذى تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٨٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ .

(٣) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جروبييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — داللوز أنسيكلوبيدى ١ لفظ (action paulienne) فقرة ١٥ — فقرة ١٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقر ٤٨ . =

٥٨٩ – وجوب بقاء الاعسار إلى وقت رفع الدعوى – تجرير المدين : ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية ، فلو

= ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، وبادر المشترى الثانى إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز فى العقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشترى الثانى على علم بذلك واشترك فى التدليس ، بطل البيع الثانى ، وغير معقول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول المادة ٢٧٠ مدنى (قديم) ، إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسياً فى التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به (١٧ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٦٩ . وانظر أيضاً : استئناف أهلى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/٩٩ – استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ – ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ – استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠) . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، وبأنه ما لم يحصل التسجيل فأن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته إلى المتصرف إليه ، ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها . وفى تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فأنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاماً ، فإذا بادر هذا الشخص الآخر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له – بمجرد تسجيله – تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثانى سيىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أى إنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا للملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله ، مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ – ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ – استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ – ١٩ فبراير =

أن تصرفه سبب إعساره أو زاد فى إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسراً لزيادة

= سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ — استئناف أسيوط ٤ يناير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ — وقارن نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣) .

على أنه يلاحظ ، لو فرضنا جدلا أنه لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى البولصية ، إمكان الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم هى القاعدة التى تقضى بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) ، وما الدعوى البولصية ذاتها إلا تطبيق لهذه القاعدة العامة (ديموج ٧ فقرة ١١٢٧ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بإمكان الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية ، ولكن ليصل المشترى الأول إلى استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها دون أن يسترد العقار ذاته ليسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للمتصرف إليه الأول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى إبطال العقد الثانى المسجل ، إذا توافرت شرائط دعوى إبطال التصرفات ، على اعتبار أنه دائن عادى من حقه أن يبطل التصرف المفقر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها ، على أنه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلا على مخالفة قانون التسجيل ، فضلا عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه فى حق الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى مال مدينه ، فاذا وجد فى هذا المال ما يفى بدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهى ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذى يرجع إلى مدينهم (٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) .

ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا طعن المشترى الأول الذى لم يسجل عقده فى العقد المسجل للمشترى الثانى بالصورية — لا بالدعوى البولصية — فعند ذلك يقدم المشترى الأول وهو لم يسجل عقده على المشترى الثانى الذى سجل عقده (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون المشترى عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشترى الثانى المسجل هو عقد صورى ، ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام =

طرأت فى ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك[1] .

والدعوى البوليصية دعوى تكميلية (subsidiaire) لا تعطى للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين ، أى إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذى تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد[2] . ولكن التجريد هنا غير التجريد فى الكفالة . ففى الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد فى أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع . أما فى الدعوى البولصية فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين[3] ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إعسار المدين على الوجه الذى قدمناه[4] ، ومن ثم فالمدين هو الذى يدل على مال عنده يكفى لوفاء ديونه كما سبق القول .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذى سبب إعساره أو زاد فى هذا الإعسار ، وما إذا كان الإعسار باقياً إلى وقت رفع الدعوى . ولا رقابة لمحكمة النقض فى ذلك ، وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن

= النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ — بنى سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، يقضى بسقوط حق الدائن فى الدعوى البولصية إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه أو أثبت من تصرف له المدين أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء . ومقتضى هذا النص أن من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يفى بحقه . ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سنرى . ومقتضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف بإثبات إعسار المدين ، فعليه هو أن يثبت على الوجه الذى بيناه أن المدين ليس عنده مال يفى بحقه ، ولا يكلف من تصرف له المدين أن يدل على مال للمدين يفى بحق الدائن .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

هذين الأمرين قد ثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط فى الدعوى البولصية ؛ والدائن هو المكلف باثبات كل من الأمرين (١) .

المطلب الثانى

الغش والتواطؤ

(concilium fraudis)

٥٩٠ — **الغش بوجه عام** : غش المدين هو أهم الشروط فى الدعوى البولصية ، بل هو العمود الفقرى لهذه الدعوى التى تقوم على محاربة الغش . ويمكن تجميع شروط الدعوى البولصية كلها فى شرط الغش ، فان الغش لا يتوافر فى جانب المدين إلا إذا تصرف تصرفاً مفقراً يؤدى إلى إعساره للإضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفى إذن أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب فى إعسار المدين أو زاد فى إعساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشاً (٢) . وشرط الغش هذا هو الذى يدخل العنصر النفسى فى الدعوى البولصية ، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر فى نفاذ التصرف فى حق الدائن أو عدم نفاذه .

---

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٩٠ هامش رقم ١ — هذا وقد قضت محكمة النقض بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعى . وإذن فتى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى فى حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين ، أقام قضاءه على أن لهم فضلا عن الدين المتخذة إجراءات التنفيذ بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذى بقى للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفى لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين ، فقد استند إلى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطىء فى تطبيق القانون ، ما دام قد تبين للمحكمة أن الدين الذى أدخلته فى تقديرها لإعسار المدين هو دين جدى مستحق الأداء (نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦) .

(٢) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

والغش فى الدعوى البولصية (fraude) غير التدليس (dol) الذى عرفناه عيباً فى الرضاء . فالتدليس يدخله فى الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين، ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع . أما الغش فى الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيراً ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحاً فيما بينهما ، وإنما يراد بالغش الإضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد فى حق الدائنين . والعبرة فى الغش أن يكون موجوداً وقت صدور التصرف المطعون فيه [١] .

على أن الغش فى الدعوى البولصية والتدليس كعيب فى الرضاء إنما هما تطبيقان للنظرية العامة فى الغش . والغش فى العقد بنوع خاص ينطوى على صور مختلفة . فيقصد به تارة الإضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا هو التدليس كما قدمنا . ويقصد به طوراً الإضرار بالغير ، فيحتفظ باسم الغش . والغير إما أن يكون دائناً لأحد المتعاقدين ، كما فى الدعوى البولصية ودعوى الصورية . وإما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو أقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة .

وجزاء الغش فى غير العقد هو التعويض . وجزاؤه فى العقد يكون تارة إبطال العقد كما فى التدليس عند تكوين العقد ، وطوراً يكون تعويضاً كما فى التدليس عند تنفيذ العقد ، وثالثة يكون عدم نفاذ العقد فى حق الغير كما فى الدعوى البولصية ، ورابعة يكون رد الشىء إلى حقيقته كما فى الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث ضرراً باعتباره فى ذاته عملا غير مشروع [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٩ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ديموج ٧ فقرة ١١٢٣ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها — جوسران فى الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .

٥٩١ — يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش إذا كان التصرف معاوضة: وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلا ، وجب أن يكون منطوياً على غش من المدين . وقد توخى التقنين المدنى الجديد إقامة قرائن قانونية لتيسير الإثبات الذى يحمل عبئه الدائن . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب إعساره أو يزيد فى إعساره . ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التى تقوم فى الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدى أنه دفع الثمن .

فاذا أثبت الدائن علم المدين باعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين . ولكن القرينة غير قاطعة ، فهى قابلة لإثبات العكس . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه باعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر ، كتلبية لنداء واجب أدبى ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وإن أخلفت الأيام ظنه فبقى معسراً (١) . وقد يتعاقد المدين تعاقداً يؤدى إلى إعساره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا غشاً

---

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٠ — ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٩ — والتون ٢ ص ١١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٨ – ص ٧٩٩ .

وإضراراً بحقوق الدائن ، بل اعتقاداً منه أن هذا التعاقد الذى أدى إلى إعساره سيكون سبباً فى ترويج أعماله وعودته إلى اليسار . فى مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك ، لا يجوز للدائن الطعن فى العقد لانعدام الغش[١] .

ولا يكفى ، ما دام التصرف معاوضة ، أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون من صدر له التصرف – المشترى مثلا – على علم بهذا الغش . وهنا أيضاً يقيم التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفى أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد فى إعساره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بغش المدين . وعلى من صدر له التصرف ، إذا أراد أن ينقض هذه القرينة ، أن يثبت أنه ، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الإضرار بدائنيه ، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس إلا تصرفاً مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته[٢] .

ويتبين مما تقدم أن التصرف إذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية ، بدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدى إلى إعساره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً[٣] . فاذا تمكن من هذا

---

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٤٦ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تيسير الإثبات فى الدعوى البولصية ما يأتى : «ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن فى الدعوى البولصية ، سواء فى ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن فى هذا الصدد : (١) فاجتزأ من الدائن فى إثبات إعسار مدينه بإقامه الدليل على مقدار مافى ذمته من ديون . فمتى أقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل . (ب) ثم إنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا كان قد علم بذلك الإعسار ... من ناحية أخرى . ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التى تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة ، وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن : انظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ – ص ٦٣٣) .

انظر فى هذه المسائل فى التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

الإثبات ، فرضنا الغش فى جانب المدين وفى جانب من صدر له التصرف ، حتى يثبت أى منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار بالدائن . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ، لأن المراد إثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات[1] .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — وقد قدمنا أن إثبات علم من تصرف له المدين بإعسار المدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كعلاقة الزوجية أو القرابة ، فإذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلا على العلم بإعسار المدين (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أملاكه لأولاده وادعى أنه قبض الثمن من أمهم) — ٩ مارس سنه ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المدين الأرض لقريب له يعيش معه فى بيت واحد واستمرا يستغلانها معاً) — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجه عقاراً ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التى دفع منها الثمن ، ولم يكن فى حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له — انظر فى هذا المعنى أيضاً : استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — اسكندرية الكلية الأهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٧٨ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجته المقيمة معه فى معاش واحد كافة مايمتلكه ، ثم بقيت الأعيان المبيعة فى حيازة المدين بعد البيع) . ولكن مجرد قرابة المشترى والمشترى من باطنه للبائع دون قرائن أخرى لايكفى لإثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم١٨٧ ص ٢٣٣) . ولا يكفى كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينة أخرى (استئناف أهلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤ ص ٨ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) .

ومن القرائن على الغش تسجيل التصرف بعد صدور الحكم بالدين، وسرعة التصرف من المدين لمشتر ومن هذا المشترى لمشتر آخر . ولذا يعد غير نافذ شراء شخص عقار مدين بعد صدور حكم أثبت أن فى ذمته ديناً ، وبعد أخذ الدائن لحق اختصاص ، ولا يمكن المشترى الثانى الادعاء أنه حسن النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات ضد المشترى الأول ، لأن من عادة المشترى الكشف أيضاً ضد البائع لبائعه (استئناف أهلى ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١) . وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلا كان يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضاً فضاء وأنشأت فيها منزلا ، فقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفى للحكم بأن الأرض الفضاء اشترتها الزوجة بمال المدين وأن البناء كذلك من ماله ، وإنما جعلا باسم الزوجة هروباً من الدين (استئناف أهلى ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٠ ص ٢١٧) . وحصول الشراء فى وقت مشتبه فيه ، وشراء الشخص لأطيان فى جهة بعيدة عنه لا يملك فيها شيئاً ولا مصلحة =

٥٩٢ — لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين إذا كان التصرف تبرعاً : أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » .

ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضرورى أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه باعساره ، ومن باب أولى ليس من الضرورى أن يثبت علم الموهوب له باعسار المدين . بل يكفى للنجاح فى الدعوى البولصية فى حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقى هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن فى التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغى نفعا ، فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية[١] .

= له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك يعد قرينة على الغش (استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧) . لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وأنهم يطالبون بحقوقهم ، لا يكفى (والتون ٢ ص ١١٦) .

وإذا كان النائب سيىء النية وتعامل مع مدين معسر متواطىء معه ، فذلك كاف لاستعمال الدعوى البولصية حتى لو كان الأصيل حسن النية (والتون ٢ ص ١١٧ — الوسيط جزء أول فقرة ٨٦ ص ١٩٣) .

ويجب أن يبين طالب التحقيق فى الدعوى البولصية الوقائع التى يريد إثباتها للتدليل على سوء نية المشترى ، لا أن يكتفى بإظهار استعداده لإثبات سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة (استئناف أهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) .

ووجود التواطؤ فى الدعوى البولصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠) .

(١) هالتون ١ ص ٣٤٣ — والتون ٢ ص ١١٧ — ص ١١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١ .

ويلاحظ أن الموهوب له إذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع ، ويكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن =

أما فى المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشترى غيرها بين الدائن والموهوب له إذ المشترى إنما يتوقى ضرراً كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فان كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن ما دام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه ، وإن كان المشترى سيء النية فضل عليه الدائن[١] .

وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى التقنين المدنى السابق[٢] .

أما فى فرنسا فالغش فى جانب المدين شرط فى الدعوى البولصية ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً[٣] . ولكن إذا كان التصرف معاوضة ، اشترط أيضاً الغش فى جانب من صدر له التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، لم يشترط الغش فى جانب من صدر له التبرع ، ويكفى غش المدين .

= النية وفقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .

(١) انظر المادة ٢٣٠ من التقنين التجارى وانظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصرى والفرنسى المشار إليها فى هذا المرجع .

(٢) انظر مناقشة مواد التقنين المدنى السابق ، فى نصوصها العربية والفرنسية ، لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، وأخذ الفقه والقضاء بهذا التمييز فى عهد التقنين المدنى السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ . وانظر فى تأكيد هذا المعنى : نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .

(٣) وقد كان هناك رأى فى فرنسا يذهب إلى أن التبرع لا يشترط فيه الغش فى جانب المدين ، لأن التبرع فى ذاته قرينة على الغش (ديفرجييه على توليبه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويستند أصحاب هذا الرأى بوجه خاص إلى أن التقنين المدنى الفرنسى ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن بالطعن فى هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هى : (ا) المادة ٦٢٢ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع . (ب) المادة ٧٨٨ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث . (ج) المادة ١٠٥٣ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروع التقنين المدنى الفرنسى كان يتضمن نصاً يشترط الغش فى هذه الأحوال ثم حذف ، أن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى لو لم يوجد هناك غش فى جانب المدين ، مادام هذا التنازل ضاراً بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات ، سواء كانت فى صورة =

٥٩٣ — خلف الخلف : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعرض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا » .

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

(الفرض الأول) أن الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعا . فى هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثانى ، لأنه إنما يبتغى نفعاً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا . فاذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذى قدمناه .

(الفرض الثانى) أن الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذى ورد فيه النص المتقدم الذكر .

= تنازل أو فى أية صورة أخرى . وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٨ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة — فيجييه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الرأى لم يسد لا فى الفقه ولا فى القضاء (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ — ديموج ٨ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦١ — ١ — ٢١٥ — ١١ نوفبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨) . والرأى السائد هو اشتراط غش المدين حتى فى التبرعات . ويرد أنصار هذا الراى على أنصار الرأى الأول بأنه إذا كان المشرع الفرنسى قد أغفل شرط الغش فى الأحوال الثلاث التى أشير اليها ، فحذفه بعد ذكره ، فلأنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً فى هذه المسألة . فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ — وهى النص الأساسى فى الموضوع — نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ — وهى حالة تنازل الزوجة عن حقها فى الروكية (م ١٤٦٤) — إذا به يشترط صراحة فيها الغش (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١) .

فان كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا للخلف الأول ، فلا يكفى أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثانى ، فيثبت أن الخلف الثانى علم أمرين : (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين (١) . وفى هذا الحكم تخرج الدعوى البولصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح فى الدعوى البولصية بالنسبة إلى الخلف الأول ، انتزع الشىء من يد الخلف الثانى دون حاجة إلى إثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن فى وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثانى أكثر مما له (٢) . ولكن المبررات التى قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله

---

(١) وذلك «حتى لا يكون عقد الخلف الثانى معرضاً للطعن فيه إلا إذا كان الخلف الثانى عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول» (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ آنفاً فقرة ٥٦٩ فى الهامش) .

انظر : استئناف أهلى ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ – بنى سويف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ – مصر الكلية الأهلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .

ولكن إذا باع المشترى العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البولصية وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لإثبات سوء نية المشترى الثانى (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ – ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ – ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) .

ويلاحظ أنه قد يتواطأ المدين مع آخر ، ولكن بدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمتواطىء مع المدين ، فى هذه الحالة يكفى تواطؤ المدين مع المشترى من المشترى وإن كان المشترى الأول حسن النية (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ وهامش رقم ٢٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش رقم ٢) .

(٢) فالقواعد العامة كانت تقضى إذن بالاقتصار على اشتراط الغش فى جانب المدين والمشترى دون المشترى من المشترى ، وقد ذهب فى فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم إلى هذا الرأى (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٦٦ — ديفرجييه على تولييه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١ — محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيريه ٢٥ — ٢ — ٤١٧ — محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٦ — ١ — ١٦٥) . ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نزلوا عند تقاليد الدعوى البولصية ، وكان القانون الرومانى يشترط غش المشترى من المشترى (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٨٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ — هيك ٧ فقرة ٢٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة — لاروميير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ =

على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هى نفسها لحماية الخلف الثانى وتفضيله على الدائن إذا كان هو — دون الخلف الأول — حسن النية (١).

أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا باثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول . ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثانى ، فانه يجب على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح فى الدعوى البولصية قبله . علم هذا الخلف الثانى باعسار المدين . فاذا كان الخلف الثانى حسن النية ، فانه يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوقى ضرراً كالدائن كما تقدم القول (٢) .

= فقرة ٩٥٩ — نقض فرنسى ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ — ١ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩) .

وفى مصر نزل الفقه والقضاء على تقاليد الدعوى البولصية واشترط الغش فى جانب المشترى من المشترى : دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ — استئناف أهلى ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ — بنى سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠) . أنظر عكس ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الأستاذ جبريل بسطوروس فى التعليقات على التقنين المدنى المختلط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ . وانظر دفاعاً طيباً عن القاعدة التقليدية فى دى هلتس ١ الدعوى البولصية فقرة ٣٠ — هذا وقد نص التقنين المدنى الجديد (م ٢٣٨) على القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا ، فأصبح لهذه القاعدة سند تشريعى ، ولم تعد بذلك محلا للخلاف (انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) .

(١) وإذا فرض أن المدين باع عقاراً ، وأثبت الدائن الغش فى جانبه وجانب المشترى معاً ، ولكن شفيعاً أخذ هذا العقار بالشفعة ، فهل يجب على الدائن أن يثبت غش الشفيع كذلك ؟ إذا اعتبرنا أن الشفيع تلقى الحق عن المشترى ، فإنه يجب إثباته غشه أيضاً . ولكن من القواعد المقررة فى الشفعة أن الشفيع يتلقى الحق عن البائع مباشرة ولا يتلقاه عن المشترى ، فلسنا إذن فى صدد مشتر ثان من المشترى الأول . لذلك لا نرى اشتراط غش الشفيع — وهو يكاد يكون مستحيلا عملا — ويكفى غش المشترى . والأولى إن يقال إن البيع الذى كان سبباً فى الأخذ بالشفعة لا ينفذ أثره بالنسبة إلى الدائن ، فلا تنفذ الشفعة فى حقه ، وتبقى قائمة ما بين البائع والمشترى والشفيع . ومن ثم ينفذ الدائنون بحقوقهم على العقار المشفوع فيه ، ويجوز للشفيع بعد ذلك أن يستبقى فى يده ما عسى أن يبقى من العقار ويرجع بضمان الاستحقاق الجزئى على البائع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — =

ويلاحظ أن الدائن ، فى هذا الفرض الثانى وفى حالتيه ، قد ينجح فى الدعوى البولصية فى مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثانى . وعند ذلك يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ فى حق الدائن ، أما تصرف الخلف الأول للخلف الثانى فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذى التزم به الخلف الثانى للخلف الأول ، ويشاركه فى ذلك – إلى جانب سائر دائنى المدين – جميع دائنى الخلف الأول مشاركة الغرماء[1] .

٥٩٤ – التمييز بين المعاوضات والتبرعات : ولما كان التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى فى الدعوى البولصية لما قدمناه ، فاننا نستعرض هنا بعض حالات يدق فيها هذا التمييز :

(١) عقود المعاوضة إذا انطوت على غبن فاحش ، كما لو باع المدين عيناً بربع ثمنها ، قد تبدو أنها من قبيل التبرع . ولكن الصحيح أنها تبقى عقود

= ويلاحظ أن هذه الحالة من الفرض الثانى صعبة التصور عملا ، فما دام الموهوب له حسن النية ، فيبعد أن يكون المشترى من الموهوب له سيء النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة فى فرنسا فى المهر (dot) ، فقد يهب أب معسر لابنته مهراً وهى حسنة النية لا تعلم بإعسار أبيها ، وتعطى البنت المهر لزوجها وهو سيء النية متواطىء مع الأب . ولا تتحقق هذه الحالة عملا فى مصر إلا إذا كان كل من المدين والموهوب له سيء النية ، فعندئذ إما أن يكون المشترى من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البولصية ، وإما أن يكون سيء النية فيجوز للدائن ذلك (دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٣٨ – فقرة ٣٩) .

(١) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وقد قيل فى الاعتراض على القاعدة التقليدية إنها تيسر سبيل التهرب من الدعوى البولصية ، ويكفى لذلك أن يبادر المشترى المتواطىء مع المدين إلى بيع العين لمشتر ثان حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البولصية على المشترى من المشترى (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩) . وما قدمناه يصلح رداً على هذا الاعتراض ، فان الدائن فى هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البولصية على المدين والمشترى ، ويجب أن يرد المشترى الثمن الذى أخذه من المشترى الثانى – أو قيمة العين إن كانت أكبر من الثمن – لينفذ عليه الدائن بحقه . وكذلك الأمر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتر حسن النية ، فان الدائن يرفع الدعوى البولصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشترى من الموهوب له إذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذى دفعه المشترى للموهوب له (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ – وانظر فى القانون الفرنسى ، مع ملاحظة اشتراط سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٨) .

معاوضة ، ويشترط فيها الغش ، ما لم يكن الثمن تافهاً غير جدى فيكون العقد تبرعاً لا يشترط فيه الغش . أما إذا كان الثمن جدياً ولكن انطوى على غبن فاحش ، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته قرينة على الغش[١] .

(٢) يعتبر الإقراض دون فائدة تبرعاً ، أما الإقراض بفائدة فيعتبر معاوضة .

(٣) هناك عقود تكون تبرعاً من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر . مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو عينية ، فهى تبرع من جهة الكفيل إذا لم يأخذ عوضاً لا من المدين ولا من الدائن ، وهى معاوضة من جهة الدائن . والعبرة فى هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فاذا رفع دائن الكفيل الدعوى البولصية للطعن فى عقد الكفالة — وهو عقد يزيد فى التزامات الكفيل الشخصى وينتقص من حقوق الكفيل العينى — وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن .

(٤) هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافاً بجميل أسداه إليه الموهوب له (donation rémunératoire) ، فهذه الهبة هى فى حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش ، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعاً فى هبته ، إلى جانب الاعتراف بالجميل ، بنية الإضرار بدائنيه فبالغ فى قيمة الهبة ، فانه يجوز الطعن فى التصرف بالدعوى البولصية ، ولكن يشترط هنا إثبات الغش . مثل ذلك أيضاً الهبة بعوض ، فانه يجب اعتبار العقد معاوضة لا سيما إذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير ، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البولصية إثبات الغش[٢] . ومثل ذلك أخيراً عقد المهر فى القانون الفرنسى ، فان القضاء فى فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم إثبات الغش فى جانب المدين الذى قدم المهر وفى جانب كل من الزوجين[٣] ، أما الفقه الفرنسى فيعتبره تبرعاً يكفى فيه — فى القانون الفرنسى — إثبات غش المدين الذى قدم المهر[٤] . وفى الشريعة الإسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ .

(٣) نقض فرنسى ١٦ نوفبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠ .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ .

الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطؤ الزوج مع زوجته على الزيادة فى مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التى يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها إثبات الغش . وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لالتزام طبيعى ، لايجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل(١) .

المبحث الرابع

التقادم فى الدعوى البولصية

٥٩٥ — تقادم الدعوى البولصية فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى: لم يكن هناك نص خاص فى التقنين المدنى السابق فى صدد تقادم الدعوى البولصية . لذلك لم يكن هناك خلاف فى تقادم هذه الدعوى

---

(١) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٨ هامش رقم ١ — وانظر فى المهر من حيث إنه معاوضة أو تبرع فى القانون الفرنسى ديموج ٧ فقرة ١٠٣٨ — فقرة ١٠٤٣ مكررة . وانظر : استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٢٩ من التقنين التجارى .

الدعوى البولصية فى القانون التجارى : والدعوى البولصية فى القانون التجارى لها صورتان : (١) صورة مماثلة لصورتها فى القانون المدنى ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩ — ٢٣٠ من التقنين التجارى ، وهى نصوص تتفق فى جوهرها مع نصوص التقنين المدنى الجديد ، وتفوق فى الدقة نصوص التقنين المدنى السابق (انظر : نقض مدنى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢ ص ٤٩ — استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥). (٢) وصورة أخرى مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ شهر إفلاسه وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧ — ٢٢٨ من التقنين التجارى . والذى يميز هذه الصورة الأخرى أن القانون فيها يفترض الغش فى جانب المدين ، فلا يكلف الدائنين ولا السنديك بإثباته ، ولايسمح للمدين بنفيه عنه ، ما دام التصرف قد صدر من المدين فى وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من عشرة أيام (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١) .

بخمس عشرة سنة ، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى التى لم يرد فى أمر تقادمها نص خاص(١) . وكانت المدة تسرى من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف(٢) .

ولا يوجد كذلك فى التقنين المدنى الفرنسى نص خاص بتقادم الدعوى البولصية . وجمهور الفقهاء فى فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى تعويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البولصية تسقط كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بعشر سنوات وهى المدة التى تسقط بانقضائها دعاوى البطلان فى القانون الفرنسى(٣) .

---

(١) استئناف أهلى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٣/١٦٢ ص ٤٨٣ (ويقرر الحكم أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصاً أدبيا ، وذلك فى حالة الوقف إضرارا بالدائنين) — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٥٤ — والتون ٢ ص ١٦٢ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٠ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٥١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ .

(٢) دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ — فقرة ٤٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤٤ — هيك ٧ فقرة ٢٢٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٤٤ — جروبييه فقرة ٢٥٩ — ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ — وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يذهبون إلى أن الدعوى البولصية دعوى بطلان يجعلونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بعشر سنوات ، ويعلل الأستاذان بودرى وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بعشر سنوات مبنى على إجازة ضمنية . والإجازة الضمنية لا تتصور فى الدعوى البولصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش رقم ٢) . ولا نرى هذا التعليل وجيها ، فإن للدائن أن يتنازل عن الدعوى البولصية ، إذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر إلا لمصلحة الدائن ، ولا يخفى أن تنازل الدائن عن الدعوى إنما هو بمثابة إجازة ضمنية لتصرف المدين . والأدق أن يقال إن الدائن ، وهو من الغير ، يقر التصرف (ratifier) لا يجيزه (confirmer) (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧٨) تسقط الدعوى البولصية بعشر سنوات .

٥٩٦ — تقادم الدعوى البولصية فى التقنين المدنى الجديد : وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث نصاً فى تقادم الدعوى البولصية ، فقضت المادة ٢٤٣ بأن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البولصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وإن كانت الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان كما سيجىء . وقد نزل التقنين الجديد بمدة التقادم إلى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة إلى ثلاث سنوات «توخياً للتيسير»[1] . وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، «لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه»[2] . فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضاً باعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك ، وفقاً للقواعد التى سبق ذكرها[3] .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك إلا بعد صدور التصرف بمدة طويلة . فاذا زادت هذه المدة على اثنتى عشرة سنة ، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فان مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٥ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ فى الهامش .

(٣) ويترتب على ذلك أنه إذا علم الدائنون بسبب عدم نفاذ التصرف فى تواريخ مختلفة ، سرى بالنسبة إلى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تتقادم فى كل حال ، بالنسبة إليهم جميعاً ، بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (أنظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٦٨) .

من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدنى ، كما رأينا ، أن الدعوى البولصية « تسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » . ففى الحالة المتقدمة الذكر ، وهى حالة ما إذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف إلا بعد مدة تزيد على اثنتى عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف[1] .

٥٩٧ — تنازع التقنين الجديد مع التقنين السابق فى الزمان : ويخلص مما قدمناه أن الدعوى البولصية كانت فى التقنين المدنى السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، وتسقط الآن فى التقنين المدنى الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة فى كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم فى التقنين الجديد أقصر منها فى التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ — أما إذا كان الباقى من المدة التى

---

(١) وإذا كانت الدعوى البولصية تسقط بالتقادم المسقط ، فإن من تلقى الحق عن المدين لا يتصور فيه أن يكسب الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائماً فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البولصية ، فلا حاجة إذن وقد كسب الحق بهذا التصرف أن يكسبه بالتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ – بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٧ — فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية على خلف المدين ، ولو بقى هذا واضعاً يده على العين مدة التقادم المكسب ، ما دامت الدعوى البولصية نفسها لم تسقط بالتقادم (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ . الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٠) ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، إذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل أن تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البولصية وهى تزيد فى بعض الأحوال ، تبعاً لمبدأ سريانها ، على خمس سنوات (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤) .

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد تقادم الدعوى البولصية ، ما يأتى : « ويراعى أن للدائنين الآخر أن يتمسكوا بالتقادم الحولى (عدلت المدة إلى ثلاث سنوات) قبل الدائن الطاعن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٤) . والمقصود بالدائنين الآخر دائنو المتصرف إليه ، لأن لهم مصلحة فى هذا التمسك حتى لا ينفذ الدائن الطاعن على العين التى انتقلت إلى المتصرف إليه فأصبحت فى ضمانهم العام .

نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

ويتبين من ذلك أنه إذا كان فى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد، وفقاً للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة إلى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وجب أولا أن نحسب مدة التقادم وفقاً للتقنين الجديد . فاذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين فى أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذه إلا فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٠ ،فان التقادم يكتمل وفقاً للتقنين السابق فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقاً للتقنين الجديد فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، فتكون العبرة بالتقادم الذى يتم وفقاً للتقنين الجديد لأنه يتم أولا .

أما إذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف إلا فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، فان التقادم يكتمل دائماً وفقاً للتقنين السابق فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ،ولكنه يكتمل وفقاً للتقنين الجديد فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ . فتكون العبرة هنا بالتقادم الذى يتم وفقاً للتقنين السابق لأنه هو الذى يتم أولا ، وتتقادم الدعوى البولصية فى هذه الحالة فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى البولصية

٥٩٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم » .

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتى :

« إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من

الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة(١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكامها كان معمولا بها دون نص .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين المدنى السابق ، وكان حكما أفضل إذ بمقتضاه لايستفيد من عدم نفاذ التصرف إلا الدائن الذى حكم له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعاً يستفيدون من آثار هذه الدعوى ، فقلما ينشط دائن بالذات لمباشرتها . فرد على هذا الاعتراض بأن الأساس القانونى يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف فيها فى الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن فى ذلك إعطاء حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجع إلى عدم علمهم بالتصرف أو بإعسار المدين ، والدائن مباشر الدعوى سيعوض عن جميع المصروفات التى صرفها فى الدعوى وتكون له الأولوية فى اقتضائها . وفى جلسة أخرى اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض حذف النص لتعارضه مع قاعدة نسبية الأحكام ، ولانعدام النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى إذ هى دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشترط لإفادة الدائنين الآخرين أن يكونوا ممن صدر التصرف إضراراً بهم وإثبات تحقق هذا الشرط مرجعه إلى القضاء ومن ثم فإن النص لايغنى أى دائن عن رفع الدعوى ، هذا إلى أن القضاء مستقر على ما يخالف حكم النص . . . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٤) .

م ٢٤١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذى شأن بهذا الإيداع » . وفى لجنة المراجعة استبدلت عبارة « متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل » بعبارة « متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل » ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «وأعلن كل ذى شأن بهذا الإيداع» ، لأن ذوى الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة رقمها ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٥ — ص ٦٢٧) .

السورى المادتين ٢٤١-٢٤٢) وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٦٦-٢٦٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٤٣-٢٤٤ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٨ فقرة ٣ (٢).

٥٩٩ — طبيعة الدعوى البولصية : ليست الدعوى البولصية إلا طريقاً يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير فى تصرف صدر من مدينه المعسر إضراراً بحقوقه . إذ الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النية فى هذا التصرف ، فان كان سيء النية فان أثر العقد لاينصرف إلى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البولصية هى دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر فى حق الدائن . وفى هذا تتركز آثار الدعوى البولصية ، بل ليس هذا إلا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية ، هى غش المدين بقصد الإضرار بالدائن ، فأخذا للمدين بغشه ، ودرءاً لهذا الضرر ، واستخلاصا

---

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤١ — ٢٤٢ (مطابقتان لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٦٦ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٦٧ : ١ — إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر أضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا أثبت أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء . ٣ — وإذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل وقام بإيداعه صندوق المحكمة . (والفقرتان الأوليان كانتا فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى وحذفنا اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سيأتى . والفقرة الأخيرة تتفق فى حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقتان لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها ، فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . (وهذا النص يختلف فى حكمه عن نص التقنين المدنى المصرى فى أن الدعوى البولصية فى التقنين اللبنانى لا تفيد إلا الدائن الذى رفعها ، كما كان الأمر فى التقنين المدنى المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى القانون الفرنسى ، وبخلاف التقنين المدنى المصرى الجديد فان الدعوى البولصية فيه تفيد جميع الدائنين الذين استوفوا شروطها — أنظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦٦ — ٦٧) .

للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ فى حق المدين ، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر .

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البولصية هى دعوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتى :—

(أولا) ليست الدعوى البولصية بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض . والفقه الفرنسى زاخر بالمناقشات المحتدمة فى هذا الصدد، وقد انقسم بين رأيين :

رأى يذهب إلى أن الدعوى البولصية هى دعوى بطلان . ويستند هذا الرأى إلى أن كلمة « البطلان » وردت فى نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى صدد تطبيقات للدعوى البولصية (١) ، وإلى تقاليد القانون الرومانى ، وإلى تقاليد القانون الفرنسى القديم (٢) . وسنرى أن الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه ، بل أن هذا التصرف يبقى قائماً ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى فى حقه أثر هذا التصرف . وليس من الدقة أن يقال أن شخصاً يعتبر من الغير فى عقد ثم يطلب إبطاله . لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين . أما الغير فليس له أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد فى حقه .

ورأى آخر يذهب إلى أن الدعوى البولصية هى دعوى تعويض (٣) . ولو صح أن تصرف المدين كان ينفذ فى حق الدائن ، فيضره فيعطى تعويضا عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى البولصية للتعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فان تصرف المدين لا ينفذ فى حق الدائن ، فهو ليس فى حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه (٤) . وإذا صح أن يكون هذا تعويضاً ، فهو تعويض

---

(١) أنظر المواد ٢٤٣ و ٦٢٢ و ٧٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى . وأنظر أيضاً فى التقنين المدنى المصرى السابق المادتين ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤ ، وفى التقنين التجارى المصرى المادتين ٢٢٨—٢٢٩ .

(٢) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٣ — فقرة ٤٨٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٤٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٥— أشير Acher فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ — ص ١١٨ — ديموج ٧ فقرة ١١١٢ .

(٤) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف الذى تلقى الحق =

عيني[١] . بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن[٢] .

سبق أن قررنا كل ذلك في كتابنا «نظرية العقد»[٣] ، ونبهنا إلى التكييف الصحيح للدعوى البولصية[٤] ، وقد أصبح الفقه المصري بعد ذلك لا يختلف في هذا الأمر[٥].

وإذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها مايذهب

=بعوض وكان حسن النية ، فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذى حصل عليه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها . ليست كذلك ، لأن المقابل الذى ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذى كان ضماناً للدائن (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(١) الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ .

(٢) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البولصية إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمدين يسيء استعمال حق التصرف في ماله إذا صدر منه التصرف بقصد الإضرار بدائنه (جروبيه فقرة ٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٧ - نفس المؤلف في روح الحقوق ونسبيتها ص ١٤٠) . ومنهم من يسندها إلى اعتبارات ترجع إلى النزاهة والعدالة (ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩). ومنهم من يذهب إلى أنها دعوى من نوع خاص ، أقرتها التقاليد وأعطتها ميزاتها الخاصة (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٥٠) . ويقيمها دى باج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل غير مشروع (دى باج ٣ فقرة ٢٥٢) . وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ، ولكنها لا تصل في التحليل إلى غايته .

(٣) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ .

(٤) وترى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أن الدعوى البولصية أقرب إلى أن تكون دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق عدة ، أهمها أن هذا البطلان لايكون إلا في حق الدائنين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ على هذا الرأى أن البطلان الذى لا يكون إلا في حق الغير إنما هو عدم نفاذ لا بطلان . على أنهم يرون أن الدعوى تنطوى أيضاً على معنى التعويض ، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك ، ويستخلصون من هذا أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان بغرض التعويض (action en nullité à but indemnitaire) ، (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — انظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٧٠٤) . ويصرح الأستاذان بيدان ولاجارد أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ (inopposable) في حق المدين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٥٦) ، وكذلك الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٤٤٨) .

(٥) الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٨ — الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

إليه رأى من أنها دعوى عينية (١) ، أو رأى آخر من أنها دعوى مختلطة (٢) ، وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بنظرها . فان القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنياً على أساس أنها دعوى بطلان ، وأن دعاوى البطلان هى دعاوى عينية لأنها ترجع العين إلى ملك المدين ، أو هى دعاوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبينا أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل للقول بأنها عينية أو مختلطة . وإنما هى دعوى شخصية (٣) ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف فى ماله إضراراً بدائنيه ، وهذا التزام شخصى مصدره القانون. يضاف إلى هذا أن الدائن فى الدعوى البولصية لا يطالب بحق عينى ، بل ولا تؤول دعواه إلى انتقال حق عينى له أو لمدينه (٤) ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التى تصرف فيها المدين ترجع إلى ملكية هذا ، فان تصرف المدين يبقى قائماً . كما أن العين لا تؤول إلى ملكية الدائن ، بل ترجع إلى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم باجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية لينفذ بها على العين التى رجعت إلى ضمانه .

(ثانياً) ولما كانت الدعوى البولصية هى دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعى أن يكون خصم الدائن فى هذه الدعوى

---

(١) محكمة أمبان الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيريه ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١١٤٣ سيريه ٤٤ — ١ — ١٢٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البولصية هى دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال (!) تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للاضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذى كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه . وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥) . وقضت أيضاً بأن الدعوى البولصية ليست فى حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن وبالقدر الذى يكفى للوفاء بدينه (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

هو كل شخص اشترك فى هذا التصرف . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، وإذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف ثان وجب إدخال هذا أيضاً فى الدعوى ، وهكذا [1] . فالمدين إذن لا بد أن يكون خصما فى الدعوى ، وهذا هو أيضاً ما قررناه فى الدعوى غير المباشرة وفقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد وخلافاً لأحكام التقنين المدنى السابق [2] ، وقد مر القول فى ذلك .

(ثالثاً) وما دام الدائن لايطلب إلا عدم نفاذ التصرف فى حقه ، فانه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل ، بل يبقى قائماً بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . بل إن الدائن نفسه يبقى متحملا أثر تصرف مدينه إلى أن يتقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضى أو بالتراضى .

ويستطيع الدائن ألا يرفع الدعوى البولصية إلى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتحمل نهائياً أثر التصرف . بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود إلى رفعها [3] . كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضى مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذاً فى حقه .

ويخلص من ذلك أن أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وهذا ما ننتقل الآن إلى بحثه .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب رفع الدعوى البولصية فى جميع الأحوال على المدين والخلف وخلف الخلف (٩ أبريل سنة ١٩٢٩م ٤١ ص ٣٤٤ — والتون ٢ص ١٢٠ دى باج ٣ فقرة ٢٤١ — ولخلف الخلف حق الخلف فى التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله (بنى سويف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤١ .

(٣) والتنازل قد يكون صراحة أو ضمناً ، ولكن نية الدائن فى التنازل يجب أن تكون واضحة ، فمجرد توقيعه حجزاً على الثمن المستحق فى ذمة المشترى للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا عن الطعن بالدعوى البولصية فى البيع (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٥) .

المبحث الأول

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

٦٠٠ — عدم مضى الدائن فى الدعوى اذا استوفى حقه : لا يرفع الدائن الدعوى البولصية إلا بصفته دائناً . فاذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ، ثم فقدها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلا ، فانه لا يستطيع الاستمرار فى الدعوى أو فى التنفيذ . هذا إلى أنه لم تعد له مصلحة فى ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهى بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته فى هذا العمل أنه يفى بدين فى ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن فى الدعوى أو فى التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لإعساره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته فى هذا العمل هى أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذى تلقاه[1] . ثم يرجع بما وفاه على المدين ، شأن

---

(١) استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٣ .

وقد ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا (ڤيجيه (Vigié) ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) إلى أن الدعوى البولصية لاتوقف بالوفاء للدائن ، لأنها دعوى بطلان ومتى توافر سبب البطلان وجب المضى فى الدعوى والحكم به . وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البولصية هى دعوى بطلان على أنه حتى إذا فرضت صحة هذا التكييف ، فإن هذا لايمنع من أن الدائن بعد أن يستوفى حقه يفقد الصفة اللازمة فى طلب الإبطال ، ولا تبقى له مصلحة فى ذلك ، والدعوى لاتقوم بغير الصفة وبغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٤) ويقيس الأستاذان بودرى وبارد هذه الحالة على حالة الغبن فى القسمة إذ تسقط الدعوى برد الغبن نقداً أو عيناً إلى المتقاسم المغبون كما تقضى بذلك المادة ٨٩١ مدنى فرنسى ، وعلى حالة الغبن فى البيع إذ تسقط الدعوى كذلك بتكملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة الحقيقية كما تقضى بذلك المادة ١٦٨١ مدنى فرنسى . وقد اقتضى الأمر نصاً خاصاً فى هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقداً لا عيناً فى =

كل شخص وفى دين غيره[١] .

بل إن من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشترى مثلا ، ينفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البولصية إذا كان الثمن الذى اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بألايدفع الثمن إلى المدين ويقوم بايداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن (انظر المادة ٢٤١ مدنى وقد تقدم ذكرها) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البولصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، ما دام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل ، فان الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذى خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى . ويكفى فى جميع الأحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالإيداع ، وليس من الضرورى أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لايستطيع أن يعرفهم جميعاً[٢] . ولكن ذلك لايمنع سائر الدائنين ، إذا هم علموا بايداع الثمن خزانة المحكمة ، أن يبادروا إلى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون فى ذلك الدائن الذى رفع الدعوى البولصية

= الحالة الأولى ، وحتى تقتصر تكلة الثمن على تسعة أعشار القيمة فى الحالة الثانية — كذلك من يقول بأن الدعوى البولصية هى دعوى تعويض يقر سقوطها إذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتعويض بعد ذلك .

(١) ولما كان المفروض أن المدين معسر ، فإن من وفى الدين عنه لايستطيع الرجوع عليه بكل ماوفاه ، فينتظر يساره حتى يرجع بالباقى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) ، وقد يحتجز من الثمن الثابت فى ذمته للمدين مايوفى به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً — هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع — يجرى على الوجه الآتى : « ١ – إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ – ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر إضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا هو أثبت أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة(انظر آنفا فقرة ٥٨٩ فى الهامش — مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص ٦٢١ فى الهامش) . والنص يتضمن مسألتين : (١) ماقدمنـــاه من جواز وفاء المدين أو خلفه بالدين للدائن فتسقط الدعوى البولصية (٢) حق خلف المدين فى طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . إلا أننا ذكرنا هناك (انظر آنفا فقرة ٥٨٩ فى الهامش) أن الخلف لايطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يكفى لوفاء الدين ، ولو بقى النص المحذوف لوجب عليه أن يدل على ذلك . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٣ — ص ٦٣٤ .

(٢) انظر تاريخ المادة ٢٤١ آنفاً فقرة ٥٩٨ فى الهامش .

مشاركة الغرماء كما سنرى .

١٠٦ — عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن : فاذا لم يستوف الدائن حقه ، استمر فى الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه ، فلا يسرى فى حقه أثر هذا التصرف ، إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه[1] ، ويتخذ فى ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات

---

(١) فإذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عينى على مال المدين — كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن — سقط هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على المال كأن لم يترتب عليه حق ما ذكر . وإذا كان التصرف إسقاط حق عينى — كالتنازل عن حق ارتفاق — رجع هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتاً لها . وإذا كان التصرف إبراء المدين لذمة مدين له ، لم ينفذ هذا الإبراء فى حق الدائن ، واعتبر الدين لا يزال موجوداً فى ذمة مدين المدين ، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ٩٦١) .

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع إلى المدين عوضاً عن هذا التصرف ، كما إذا كان التصرف بيعاً ، فإذا كان المشترى حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده كما قدمنا . أما إذا كان سيىء النية ، فللدائن أن ينتزع العين من تحت يد المشترى لينفذ عليها بحقه . ولكن إذا كان للدائن أن يمنع عن نفسه الضرر الذى يصيبه من جراء تصرف المدين ، فإنه لا يجوز له أن يستفيد من هذا التصرف . فالثمن الذى قد يبقى ديناً فى ذمة المشترى ، أو الذى قد يكون المشترى دفعه وسدد به المدين بعض ديونه ، قد استفاد منه الدائن ، إما على اعتبار أنه زاد فى حقوق مدينه إذا بقى ديناً فى ذمة المشترى فيستطيع أن ينفذ عليه ، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل إعسار المدين بذلك . فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشترى أن يتمسك بها قبل الدائن ، ولا يجعله ينفذ على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التى عادت على الدائن (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذى قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب فى الدعوى البولصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها — ويلاحظ أن عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى الدائن إنما يكون بالقدر اللازم للوفاء بحقه . فإذا كان التصرف هبة نقود أو قرضاً مثلا ، فان الذى لا ينفذ من هذه الهبة أو القرض بالنسبة إلى الدائن هو الجزء الكافى للوفاء بحقه ، أما ماعسى أن يبقى بعد ذلك فينفذ حتى فى حق الدائن (استئناف أهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — جروبيه فقرة ٢٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٨) .

الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها[1]، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن

---

(١) قد يلاحظ أن هناك شبهاً بين الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية فيسترد عيناً تصرف فيها مدينه ، وبين دائن أخذ رهناً — أو كان له حق اختصاص أو امتياز — على هذه العين ثم باعها المدين . فإن الدائن الذى رفع الدعوى البولصية ، كالدائن المرتهن، يستوفى حقه من العين المبيعة ، ويتحمل المشترى للعين إجراءات الدعوى البولصية كما يتحمل إجراءات دعوى الرهن ، وإذا وفى للدائن حقه سقط كل من الدعويين ورجع فى الحالتين على المدين بما وفاه من دينه ، وإذا استمر الدائن فى دعواه — الدعوى البولصية أو دعوى الرهن — ونفذ بحقه على العين فان المشترى يرجع على المدين بالضمان فى الحالتين . ويزيد هذا الشبه إذا رجعنا إلى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية ، كما سنرى ، يستأثر بالفائدة وحده ، ويتقدم كالدائن المرتهن على سائر الدائنين .

وبالرغم من وجوه الشبه هذه فإن هناك فروقاً جوهرية بين الدائن المرتهن والدائن الذى يرفع الدعوى البولصية ، نذكر منها ما يأتى :

(أولا) إذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين ، فهو فى الواقع إنما يتتبع العين فى يد هذا الخلف الذى يعتبر مالكا للعين حتى بالنسبة إلى الدائن المرتهن . أما الدائن فى الدعوى البولصية فلا يتتبع العين فى يد الخلف ، إذ ليس له حق عينى يخول له ذاك ، فهو مضطر أولا ، قبل التنفيذ على العين ، أن يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه ، فتعود العين إلى ضمانه ، وبعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين بالنسبة إليه تعتبر مملوكة للمدين ، وقد رأينا أنها بالنسبة إلى الدائن المرتهن تعتبر مملوكة لخلف المدين .

(ثانيا) وينبنى على الفرق المتقدم أنه فى حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ إلى تطهير العين ، فان العقار المرهون ملكه وله أن يطهره . أما فى الدعوى البولصية ، فان خلف المدين لا يستطيع التطهير ، لأن العقار غير مرهون وهو معتبر فى ملك المدين بالنسبة إلى الدائن، وليس أمام الخلف إلا أن يوفى الدائن حقه أو يودع الثمن خزانة المحكمة كما قدمنا .

(ثالثا) فى حالة الدائن المرتهن ، إذا وفى الخلف الدائن حقه ، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . أما فى الدعوى البولصية، فالخلف لا يرجع على المدين ، بعد أن وفى دينه ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى ضمان العقد الذى تم بينه وبين المدين .

(رابعاً) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية لا يستوفى حقه من العين التى تصرف فيها المدين إذا كان هذا التصرف معاوضة ولم يثبت الدائن غش كل من المدين وخلفه ، بل وخلف الخلف فى المعاوضات كذلك . أما الدائن المرتهن فإنه يتتبع العين وينفذ عليها بحقه فى يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء جميعاً حسنى النية وكان التصرف معاوضة .

(خامساً) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية فى عهد التقنين المدنى الجديد لا يستأثر وحده بفائدة الدعوى ، بل يشاركه فى هذه الفائدة سائر الدائنين ، أما الدائن المرتهن فله حق التقدم . وحتى فى عهد التقنين المدنى السابق — حيث كان الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية يستأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل فى الدعوى ، فيشاركوه فى فائدتها . أما الدائن المرتهن فانه يبقى متمتعاً بميزة التقدم مهما بدا من =

هذا نرى أن دخول الحق فى ضمان الدائن يكون بأثر رجعى ، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا(١) .

على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على الحق منقوصاً ، كما إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا الثمرات بالقبض طبقاً للقواعد العامة(٢) . وقد يضطر إلى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذى تصرف فيه المدين ، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فان الدائن فى هذه الحالة لا ينفذ إلا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى التالى للمشترى الأول . وهذا إذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما إذا كان أقل فان الدائن يرجع بقيمة العين على المشترى الأول سيء النية (٣) . وإذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلا من المشترى الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتر حسن النية ، فان الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقدر ما استفاد ، فان كان

= نشاط الدائنين الآخرين ، هذا إلى أنه لو تزاحم الدائن المرتهن مع الدائن الذى رفع الدعوى البولصية فان الأول هو الذى يتقدم .

(انظر فى ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٨) .

(١) ذلك أن التصرف الذى صدر من المدين ينعدم أثره ، ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى الدائن . وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التى انبنت على تصرف المدين تزول أيضاً بفضل الأثر الرجعى . ولكن قواعد الدعوى البولصية تقضى كما رأينا بوجوب إثبات الغش فى جانب من تلقى العين معارضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثانى الذى انبنى على التصرف الأول . ويترتب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع ، إذا لم يستطع إثبات الغش فى جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معاوضة من المشترى من المدين .

وقد رأينا أن الأثر الرجعى للدعوى البولصية يظهر أثره فيما لو باع المدين عقاراً لمشتر وقصدا الاضرار بالدائن ، ثم أخذ شفيع حسن النية هذا العقار بالشفعة ، فان العقار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة إلى الدائن ، ويسقط أثر الأخذ بالشفعة تطبيقاً لهذا الأثر الرجعى ، لأن الشفيع لا يعتبر مشترياً من المشترى حتى يشترط فيه سوء النية ، بل هو يحل محل المشترى بحالته ، فاذا كان المشترى قد اشترى فى ظروف من شأنها أن تجعله خاضعاً للدعوى البولصية ، وجب اعتبار الشفيع فى نفس الحالة ولو لم يثبت الغش فى جانبه (انظر آنفا فقرة ٥٩٣ فى الهامش — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٩ هامش رقم ١) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ — ص ٧٤٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٢ .

قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة(١) .

٦٠٢ — **استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف أضراراً بهم :** القاعدة فى القانون الفرنسى — وكانت القاعدة كذلك أيضاً فى التقنين المدنى المصرى السابق — إن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية هو الذى يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه فى الدعوى(٢) . ويعلل الفقهاء فى فرنسا ذلك عادة بنسبية الحكم ، فمادام الدائنون الآخرون لم يدخلوا فى الدعوى فلا يستفيدون من الحكم(٣). ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا فى الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذى يصدر فيها . ويضيف بعض الفقهاء إلى نسبية الحكم أن الدائن فى الدعوى البولصية يرفع الدعوى باسمه ، بينما هو يرفعها فى الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم يستفيد هو وحده فى الأولى ، ويستفيد معه سائر الدائنين فى الثانية(٤). ولكن يرد على ذلك أن الدائن فى دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا فى الدعوى . ويقول الأستاذان بودرى وبارد(٥) إن الدائن فى الدعوى البولصية لا يمثل إلا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى . ولكن هذه علة غير مقنعة ، فان الدائن فى الدعوى غير المباشرة لا يستطيع هو أيضاً المضى فى الدعوى إذا استوفى حقه .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩٣ فى الهامش — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ وقد سبقت الإشارة إليه فى هامش فقرة ٥٩٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودرى وباورد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ .

(٢) استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ — استئناف مصر ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ٨٢١ .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ — دى باج ٣ فقرة ٢٤٥ (فى القانون البلجيكى) .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٥ .

(٥) جزء أول فقرة ٧١٨ ص ٧٤٠ .

ولذلك ذهب رأى إلى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية ، حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقاً للتصرف المطعون فيه[(١)] . وهناك رأى أكثر اعتدالا يذهب إلى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى[(٢)] .

وبهذا الرأى الأخير أخذ التقنين المدنى المصرى ، إذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على أنه « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم » . فاذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البولصية هذه الدعوى ، جاز لأى دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . وإذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذى رفع الدعوى فى دعواه ، فان الحق الذى تصرف فيه المدين يعود إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البولصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه . فاذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى هذا الضمان العام على النحو الذى أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى إجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الأول مشاركة الغرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عينى يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البولصية قبله ، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً[(٣)] .

هذه القاعدة التى استحدثها التقنين الجديد كانت محل جدل شديد فى لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل فى هذه اللجنة أن استئثار الدائن الذى رفع الدعوى البولصية بفائدتها فيه تشجيع له على مباشرتها ، وإلا لم ينشط دائن بالذات إلى

---

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ — فقرة ٤٩٠ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٥٩ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢ .

(٣) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ . ص ٨٢١ .

رفعها إذا وجد إن الدائنين الذين لم يشتركوا معه فى رفعها يشتركون مع ذلك فى فائدتها . وقيل أيضاً إن نسبية الأحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا فى الدعوى البولصية فى فائدتها ، كما إنه لا يمكن القول بأن الدائن الذى رفع هذه الدعوى ينوب عن سائر الدائنين فى رفعها . وقيل كذلك أن الدعوى البولصية إنما هى دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بابطاله : وإذا كان البطلان لا يتجزأ فان عدم النفاذ قابل للتجزئة فيكون التصرف غير نافذ فى حق أحد الدائنين دون الباقى . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الرأى ، وأصرت على ضرورة المساواة بين الدائنين ، فما دام الحق قد دخل فى ضمانهم العام فلا محل لتقديم أحدهم على الآخرين لمجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ، وقد لا يعلم باقى الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم فى الدعوى البولصية ، فيكون فى هذا التقديم إخلال بالمساواة بينهم لا يتفق مع الاتجاه العام الذى توخاه التقنين الجديد عند ما نظم الإعسار وضيق من حق الاختصاص[١]

---

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، رداً على الاعتراضات المتقدمة الذكر ، ما يأتى : «اقترح حذف المادة ٢٤٠ ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت ابقاء النص لأنه يعالج حالة استفاضت الشكوى منها فى ظل نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد صدرت اللجنة فى رأيها عن اعتبار جوهرى ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين فى موقفهم من الضمان العام لديونهم ، وهو أموال المدين قاطبة ، لا تتحقق إذا جعلت الأسبقية فى اتخاذ الإجراء أساساً للأفضلية والاستئثار . فالنص الذى يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وإنما هو يستند إلى ضرورة تحقيق المساواة فى الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغى أن تحول دون ذلك نسبية الأحكام ، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع ، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك وهذا هو المسلك الذى انتهجه كثير من التشريعات الأجنبية وتابعه المشروع ، ولا سيما أنه يتفق فى اتجاهاته العامة فى تنظيم الإعسار والتضييق من حق الاختصاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٤) . هذا وقد استعادت الدعوى البولصية بذلك بعضاً من صبغتها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت فى القانون الرومانى دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «على أن المشروع لا يستأثر بفضل السبق فى استحداث هذا الحكم ، فقد قضى التقنين البرتغالى فى المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البولصية يكون من أثرها رد ما وقع التصرف فيه إلى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيلى أيضاً على أن الفائدة التى تنتج من استعمال هذه الدعوى تدخل فى نطاق ما يقتسم بين الدائنين قسمة غرماء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البولصية أصبحت بوضعها هذا دعوى جماعية لا فردية ، والصحيح =

٦٠٣ — رجوع الدائن بالتعويض: وللدائن ، إذا أصابه ضرر خاص من التصرف الذى صدر من المدين ، أن يطالب ، إلى جانب عدم نفاذ التصرف فى حقه على النحو الذى بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقاً للقواعد العامة . فاذا أثبت المقرض مثلا أن المقترض ، إذ بادر إلى التصرف فى حقه ، قد حرمه من التنفيذ فى الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، جاز فى هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه فى هذا الضرر . ويتضامن فى الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه إذا كان سيء النية ، ومن تصرف له المدين إذا كان متواطئاً معه ، وخلف هذا الأخير إذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم إذا لم يكن هناك سوء نية ، كما فى التبرعات ، ولكن وجد تقصير ، وذلك فى غير الفوائد فقد رأينا أنه لايجوز الحكم بفوائد تكميلية إلا فى حالة سوء النية . ونحن فى كل ذلك إنما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاصة بالدعوى البولصية(٢) .

= أنها لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعود على جميع الدائنين ممن استوفوا شروطها) .

هذا وإذا صدر الحكم فى الدعوى البولصية لمصلحة الدائن الذى رفعها ، استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ، ويرجع الدائن بمصروفات الدعوى عليهم ، كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٦٦ ص ٩١) . أما إذا صدر الحكم ضد الدائن ، فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو ، فإذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذى كان قد رفع الدعوى أولا ولم ينجح إذا هو أثبت أنه مستوف للشروط .

ويلاحظ أن القاعدة التى استحدثها التقنين الجديد ليس لها أثر رجعى . فلو أن التصرف المطعون فيه صدر قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فان أحكام التقنين المدنى السابق هى التى تطبق ، وإلا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الأمر مقصوراً على تطبيق قواعد الدعوى البولصية ، فيقضى بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن دون تعويض . ويتحقق ذلك فى فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حسنى النية ولا تقصير فى جانبهم ، وهذا ممكن فى القانون المصرى إذا كان التصرف الذى صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضاً من سلف إلى خلف (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ هامش رقم ١) .

ويترتب على تطبيق هذه القواعد العـامة أيضاً أن العين إذا هلكت فى يد المشترى أو الموهوب له سيء النية ، كان كل من هذين مسئولا عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي إذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت فى يد المدين . أما إذا هلكت فى يد الموهوب له حسن النية ، لم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا بمنع الدائن من التنفيذ عليها . وكالهلاك التلف الكلى أو الجزئى .

كذلك يرد المشترى أو الموهوب له سيء النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يتملكها بالقبض [1] وإذا بنى حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية طبقت الأحكام الخاصة بذلك[2] .

المبحث الثانى

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ — حكم التصرف المطعون فيه : قدمنا أن الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ فى حق الدائنين . أما فى حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره ، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد فى حق الدائنين . ويترتب على ذلك :

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ — فقرة ٦٦ — والتون ٢ ص ١١٧ — نظرية العقـد للمؤلف فقرة ٧٤٧ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن الذى يطالب بالثمار التى قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لا يستعمل حقه بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذى لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٩٤) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ — بودرى وبارد فقرة ٧٢٣ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٦٣ — فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بالحبس لاسترداد المصروفات — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢ .

(أولا) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائماً فيما بين المتعاقدين ، بل يبقى منصرفاً أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص .

(ثانياً) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن يعالج هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة (١) .

٦٠٥ — **بقاء التصرف المطعون فيه قائماً** : يبقى التصرف قائماً نافذ الأثر بين الطرفين (٢) .

فاذا كان التصرف بيعاً مثلا ، بقى الشيء المبيع ملكا للمشترى ، وبقى المشترى ملتزماً بدفع الثمن ، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات فى جانب كل من المتعاقدين (٣) . فاذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فأن الباقى من ثمن العين بعد بيعها فى المزاد يكون ملكاً للمشترى لا للبائع ، وهذا بالرغم من أن المشترى سيء النية متواطىء مع البائع (٤) . كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع ، ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقى من العين أو من ثمنها إلى الشفيع (٥) .

وإذا كان التصرف وقفاً خيرياً مثلا ، صدر إضراراً بالدائنين ، بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفى منهـا الدائن حقه . فاذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقى من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقى من الثمن وقفاً ، واشتريت به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير (٦) .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٩ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٣٨ – بودرى وباردا فقرة ٧١٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ – استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ – انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ .

(٣) استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ – ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ – ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

(٤) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٥) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٠ ص ٨٢٤ — ص ٨٢٥ .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ – ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ =

وكما يبقى التصرف قائماً فيما بين الطرفين ، فان أثره ينصرف أيضاً إلى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورثة المدين لا يرثون الباقى من العين التى تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشترى . وإذا كان تصرف المدين فى العين بالبيع ، فان دعوى الضمان التى نشأت من عقد البيع تنتقل مع العين إلى المشترى من المشترى ، بالرغم من أنه سيء النية ، باعتباره خلفاً خاصاً للمشترى .

أما بالنسبة إلى دائنى المدين — غير الدائن الذى رفع الدعوى البولصية — فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ فى حقهم إذا استوفوا شروط الدعوى البولصية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذى رفع الدعوى البولصية وفقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعاً أن ينفذوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء على النحو الذى قدمناه . ولكن دائنى من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف فى حقهم نفاذه فى حق مدينهم ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفى الدائن الذى رفع الدعوى البولصية ومن يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى الرجوع على المدين الذى تصرف له[1] .

٦٠٦ — تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه فى حق الدائن وتطبيق القواعد العامة : على أنه لا يمكن تفادى تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف فى حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعاً ، فان من حق المشترى

= م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — محكمة مصر المختلطة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٦ — منفلوط أول يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦١ — انظر عكس ذلك : بلانيول فى مقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ — وقد قدمنا أن العين المبيعة إذا تحولت إلى مجرد دين فى ذمة المشترى — كما إذا باع المشترى العين لمشتر آخر حسن النية — فإن الدائن الذى رفع الدعوى البولصية يتحمل مزاحمة دائنى المشترى فى الرجوع على المشترى . وسنرى فى الصورية أن دائن المشترى الصورى يتقدم على دائن البائع ، خلافاً لما نقرره هنا فى الدعوى البولصية .

أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن . فلا يبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدى إلى أن الدائن يستوفى حقه من العين المبيعة ، لأن البيع غير نافذ فى حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائماً فيما بين المشترى والمدين الذى باع له العين ، فان المشترى يرجع على المدين بضمان الاستحقاق(١). وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب على الفسخ أن يتحلل المشترى من جميع التزاماته التى نشأت من عقد البيع ،فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب فى ذلك يسار المدين ، ويرد إلى المدين ما بقى من العين فى يده بعد تنفيذ الدائن(٢) .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفى ديناً عن الغير .

ويتبين مما تقدم أن المشترى له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فاذا كان البائع هو المدين ، فالمشترى بالخيار فى الرجوع عليه باحدى الدعوين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف فى العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، ففى هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشترى أن يختار إحدى الدعوين(٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — وإذا كان التصرف تبرعاً ، لم يرجع المرهون له على المدين بضمان الاستحقاق إلا إذا اشترط ذلك فى عقد الهبة ، تطبيقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ١) . وكذلك الحكم إذا كان التبرع هبة مستترة ، أو هبة غير مباشرة كتنازل عن حق شخصى أو حق عينى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٣) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ٢ .

(٣) جروبييه فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ وهامش رقم ٣ — وإذا كان التصرف المطعون فيه من شأنه أن يزيد فى =

٦٠٧ — مقارنة بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة : تتفق الدعويان فى أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يتعمد الإضرار بدائنه أو يهمل إهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ، فلابد من إدخال المدين خصما فى كل من الدعويين . وتتفقان كذلك فى أن الإجراءات فيهما فردية لا جماعية بخلاف إجراءات الإفلاس التجارى ، وفى أن سائر الدائنين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذى رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة الغرماء .

وتفترق الدعويان فى أن الذى يعالجه الدائن فى الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبي من المدين وهو امتناعه عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، وما يعالجه فى الدعوى البولصية هو عمل إيجابى من المدين وهو تصرفه فى حقوقه إضراراً بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابى أشد نشاطاً من الحماية ضد العمل السلبي[1]. فالدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذى يطعن فيه . أما الدعوى غير المباشرة

= التزامات المدين ، كقرض مثلا ، فإن عدم نفاذ عقد القرض فى حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحمه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لعقد القرض ، إذ القرض نافذ فى حق هذا الدائن . وهنا يجب التمييز بين فرضين : (١) فإذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب تصرف قانونى متأخر على عقد القرض ، فهذا التصرف الذى عقد بعد إعسار المدين يكون هو الآخر غير نافذ فى حق الدائن السابق . فلو أن شخصاً لا يملك إلا عيناً قيمتها ألف ، وله دائن بهذا المبلغ ، ثم اقترض بعد ذلك مائة من دائن ثان ، ثم مائة من دائن ثالث ، فإن القرض الأول الذى كان سبباً فى إعساره لا ينفذ فى حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثانى لا ينفذ لنفس السبب . فإذا فرضنا أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ إلى ألف ومائة ، فإن الدائن الأول يتقدم على الدائنين الثانى والثالث ، فيستوفى ألفاً كاملة ، ويتزاحم الدائنان الثانى والثالث فى المائة الباقية كل منهما يصيبه خمسون . (٢) أما إذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب عمل مادى — كعمل غير مشروع — فأصبح للمدين دائنون ثلاثة ، دائن بألف ثم من أقرضه المائة ثم المضرور فى العمل غير المشروع ، فإن الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطاً مابين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق ويزاحم اللاحق ، وفى الوقت ذاته يزاحم اللاحق السابق ، فينشأ من ذلك وضع شبيه بوضع الحوالة بين حجزين ، كما أشار إلى ذلك الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ١٥٦ هامش رقم ٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٧ .

فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائباً عن المدين فى الحق الذى يستعمله باسمه (١) .

أما من حيث الأحكام التفصيلية فهناك فروق كثيرة ما بين الدعويين ، نذكر منها :

(١) فى الدعوى البولصية يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء ، ويكفى فى الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقق الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

(٢) فى الدعوى البولصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، ولا يشترط فى الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن سابقاً على ثبوت حق المدين الذى يستعمله الدائن .

(٣) فى الدعوى البولصية التصرف الذى يطعن فيه الدائن لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة تقدم ذكرها ، أما فى الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

(٤) فى الدعوى البولصية لا بد أن يكون المدين — فيما عدا التبرعات فى القانون المصرى — سيء النية يريد بتصرفه الإضرار بحقوق دائنيه ، بل أن سوء نية المدين وحده لا يكفى إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب فى هذه الحالة إثبات سوء نية الخلف وخلف الخلف . أما فى الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سيء النية وقد يكون مهملا فى استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط إذن فى المدين سوء النية .

(٥) أثر الدعوى البولصية واحد دائماً هو اعتبار الدائن من الغير فى التصرف المطعون فيه ، ذلك أنه لا توجد إلا دعوى بولصية واحدة يرفعها الدائن باسمه ،

---

(١) وقد قدمنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلا من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، إذا أخفق فى إحداها لجأ إلى الأخرى . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما فى إجراءات واحدة ، لأنهما دعويان مختلفان (انظر آنفا فقرة ٥٦٧ — وانظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١) .

وهى دائما دعوى شخصية . أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين ، ذلك أنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهى تارة تكون شخصية وطورا تكون عينية حسب طبيعة الحق الذى يستعمله الدائن[1].

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١ — فقرة ٧٦٢ .

الفصل الثالث

دعوى الصورية*

(Action en simulation)

٦٠٨ — **مسائل ثلاث** : نحدد أولا ما هي الصورية ، ثم نبين أحكامها ، ثم نعقد مقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة .

الفرع الأول

تحديد الصورية

٦٠٩ — **معنى الصورية وأنواعها** : يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عند ما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما . ومن هنا وجد : (١) العقد الظاهر (acte apparent) ، وهو العقد الصوري (acte simulé, fictif) (٢) والعقد المستتر (acte secret) ، وهو العقد الحقيقي (acte réel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre) .

والصورية قسمان : صورية مطلقة (simulation absolue) وصورية نسبية

* مراجع : بارتان (Bartin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ — فوركاد (Fourcade) رسالة من نانسى سنة ١٨٨٧ — جلاسون (Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ — كازال (Cazal) رسالة من مونبليه سنة ١٨٩٧ — ليريبور بيجونيير (Lerebours Pigeonnière) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ — ديكار (Descart) رسالة من بوردو سنة ١٩٠٧ — دافيد (David) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢١ — بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس ١٩٢٦ — فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — روسو (Rousseau) رسالة من باريس ١٩٣٧ — ناوت (Naut) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة) — مقال للأستاذ بلانيول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ١٥٩ وما بعدها .

مقال للاستاذ صليب سامى فى مجلة المحاماة السنة الثانية — بحث فى الصورية فى التصرف القانونى للأستاذ أحمد رفعت خفاجى المحاماة السنة ٣٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها .

(simulation relative)(١). والصورية النسبية إما أن تكون بطريق التستر (par voie de déguisement) . وإما أن تكون بطريق المضادة (par voie de contre - lettre) ، وإما أن تكون بطريق التسخير (par voie d'interposition de personnes)

٦١٠ — **الصورية المطلقة** : وهى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لاوجود له فى الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى لاوجود له . مثل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شىء يملكه ، فيبيع هذا الشىء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان فى الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو «ورقة الضد» . وفى هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البولصية ، فنى كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفى كليهما يعطى القانون سلاحاً للدائنين يحاربون به غش المدين .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدئن . فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعاً صورياً النصاب المالى المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية فى مجلس نيابى أو مركز العمدية أو نحو ذلك ، أو يبيعه بيعاً صورياً مالا يظهر به فى مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الإنخراط فى جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضى هذا اليسار .

ويتبين من هذا — ومن الحالات الأخرى للصورية النسبية التى ستأتى — أن الصورية أوسع نطاقاً من الدعوى البولصية .

٦١١ — **الصورية بطريق التستر** : وتتناول نوع العقد لا وجوده ، وذلك كهبة فى صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صورى ، والعقد

---

(١) نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٣ .

المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقى . ويكون الغرض من الصورية عادة فى مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة فى ثوبها الحقيقى[1]. وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقى للتصرف ، كأن يكتب شخص صكاً على نفسه بدين لآخر يقول عنه انه ثمن لشيء اشتراه وهو فى الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو فى الحقيقة وصية .

٦١٢ — الصورية بطريق المضادة : ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركناً أو شرطاً فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى تخففا من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقى توقيا من الأخذ بالشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

٦١٣ — الصورية بطريق التسخير : وتتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور فى العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقى شخصا مسخراً (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصاً سائغاً من أقوال الشهود إثباتاً ونفياً — بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال فى حكمها — أن الطاعن فى العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تمليك قطعى منجز انتقلت الملكية بموجبه فوراً حال حياة البائع ، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعاً حقيقياً أو بيعاً يستر هبة ، وأنه حتى مع التسليم أن ثمناً لم يدفع فانه لامانع قانوناً من إفراغ الهبة المنجزة فى صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ — انظر أيضاً : نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

مانع قانونى يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (١) .

وقد أورد التقنين المدنى صوراً مختلفة من الصورية بطريق التسخير ، نذكر منها :

(١) ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا » .

(٢) ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدنى من أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » .

(٣) ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى من أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » .

(٤) ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدنى من أنه « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار (٢) » .

---

(١) وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالإسم المستعار (prête - nom) . فنى الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر (personne interposée) يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير . أما فى التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر (prête - nom) يتعاقد مع شخص يغلب ألا يكون عالماً بالتسخير . والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى . الأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلا عن آخر فى تصرف يعينانه فى عقد الوكالة . والثانى يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف إليه أثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده لحسابه مع الغير (انظر بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٢٨ هامش رقم ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الصورية تكون بإخفاء حقيقة العقد فى شكل عقد آخر ، أو بإخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار . كما تكون بإظهار وجود عقد لاحقيقة له فى الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٣ ص ٢١٦) .

٦١٤ — شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

(١) أن يوجد عقدان — أو موقفان — اتحد فيهما الطرفان والموضوع .

(٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .

(٣) أن يكونا متعاصرين، فيصدرا معاً فى وقت واحد(١).

(٤) أن يكون أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصورى ، ويكون الآخر مستتراً سرياً وهو العقد الحقيقى (٢) .

٦١٥ — تمييز الصورية عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها . من ذلك :

(١) إن الصورية تختلف عن التدليس فى أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين (٣) . أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد

---

(١) ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفى المعاصرة الذهنية ، أى المعاصرة التى دارت فى ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وإن صدر فى يوم تال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ ، هو فى حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . وقضت أيضاً بأنه يكفى فى اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد ، وإن اختلف تاريخهما (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) .

(٢) بنى سويف الكلية ٣ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ — كفر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحاماه ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ — أما الباعث على الصورية فليس ركناً فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذى أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(٣) وقد لايكونان سيىء النية . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بصورية العقد لايستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه، ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به =

الآخر [١] .

وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطىء عليها مع الآخر. فلا يجوز إذن الطعن فى العقد الرسمى أو العرفى بالتزوير بسبب صوريته [٢].

(٢) تختلف الصورية أيضاً عن التحفظ الذهنى (réserve mentale) فى أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين ، أما التحفظ الذهنى ففيه يستقل أحد الطرفين — دون أن يتفق فى ذلك مع الآخر — باظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فارادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنياً بارادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهنى نوع من الصورية فى الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

(٣) ولا صورية فى عقد جدى تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلا فيه تعديلا . فاذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صورى وعقد حقيقى ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . وقد تقدم القول إن الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين [٣] .

(٤) ولا صورية كذلك فى عقد جدى يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فاذا تصرف المدين فى ماله تصرفاً جدياً حتى يضيع على دائنه فرصة

=(نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣).وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشترى على صورية البيع ، ولكن المشترى أعطى البائع « ورقة ضد » بتوقيع مزور ، تدليساً منه على البائع (نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩) .

(١) استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ص٦٩ — ديموج ١ ص١٦٠ — والتون ٢ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — ويجوز إثبات صورية عقد رسمى دون الطعن فيه بالتزوير ، مادام الخصم لايدعى تزوير العقد ذاته ، بل يقتصر على الإدعاء بأنه عقد غير جدى (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٩٢٢ سريه ١٩٢٤ — ١ — ٢٨٦ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٢) .

(٣) ديموج ١ ص ٢٦٣ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ .

التنفيذ عليه ، فتصرف المدين فى هذه الحالة تصرف جدى لا صورى ، ويطعن فيه بالدعوى البولصية لا بدعوى الصورية (١) . وقد يحمل الزوج أحد أقاربه — كأحد والديه — على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التى يحكم بها للزوجة ، ففى هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هى دعوى حقيقية . وفى فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنياً حقيقياً بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهى فى مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعاً ممنوعاً عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى لو لم يتزوجها (٢).

(٥) ولا صورية فى عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, életion d'ami) (٣) ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه فى العقد الظاهر ، بل يبقى سراً بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، إذ فى هذه الحالة يفقد العمل المستتر سريته فلا تتوافر شروط الصورية (٤) .

٦١٦ — منطقة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية فى العقود . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد (٥) ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن

---

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ مكررة — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٤ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٠ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٦٠ هامش رقم ١ .

(٣) أنظر فى تكييف العلاقة ما بين المشترى الظاهر الذى يحتفظ بحق اختيار الغير والمشترى المستتر بأنها وكالة إذا أعمل المشترى الظاهر حقه فى اختيار الغير ، وليست بوكالة إذا لم يختر أو اختار بعد الميعاد : نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

(٤) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية فى عقد يمكن تصحيحه من دليل داخل فى العقد ذاته (intrinsèque) لا من دليل خارج عن العقد (ertrinsèque) (بيدان ولاجارد ٩ فقره ٩٧٤) .

(٥) قارن دى باج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً . فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة (١) ، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم من التصرف الصوري(٢) .

وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون في الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه (٣) .

الفرع الثاني

أحكام الصورية

٦١٧ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم » .

« ٢ — وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر

---

(١) الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٢ .

(٢) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه إلى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه ، فاذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافاً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريباً من التحفظ الذهني (ديموج ١ فقرة ١٦٤ ص ٢٦٧) .

(٣) نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٥١ — انظر في عدم جواز الصورية في الزواج والإقرار بالبنوة وجوازها في الشركات : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٥ — فقرة ٩٧٦ — وقارن ديباج فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى[١] » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، فقنن التقنين الجديد القضاء المصرى فى ذلك[٢].

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى م ١٤٧ — ١٤٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٤٧ — ٢٤٨ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٠ — ١٦١[٣] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدى على نحو يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٨) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ . يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ . إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقى هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى ، واكتفى بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٩ وص ٦٤٦ — ص ٦٤٧) .

(٢) على أن التقنين المدنى السابق اشتمل على نص خاص بالهبة المستترة فى صورة عقد آخر ، وهذا ضرب من ضروب الصورية كما قدمنا ، فنصت المادة ٤٨/٧٠ من هذا التقنين على أن «تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، وإلا كانت الهبة لاغية » . وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى الجديد هذا الحكم على الوجه الآتى : « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر » .

انظر فى اقتضاب التقنين المدنى السابق فى موضوع الصورية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى : م ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابقتان لنصوص التقنين المصرى) .

=

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أي الدائنين والخلف الخاص . فنبحث : (١) أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام (٢) أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير (٣) الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات .

المبحث الأول

أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ — العقد الظاهر لا وجود له : رأينا أن المادة ٢٤٥ من التقنين المصرى تقضى بأنه « إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه[١] .

= التقنين المدنى العراقى م ١٤٧ — ١٤٨ (مطابقتان لنص المشروع التمهيدى ، ولأحكام التقنين المصرى) .

م ١٤٩ : لا يجوز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها فى دائرة الطابو . (والسبب فى ذلك أن نظام التسجيل العراقى هو نظام السجل العقارى (Livre Foncier) ، وجهة التسجيل هناك نسمى الطابو عن اللغة التركية ، ومتى سجل العقد انتقل الحق العينى بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للطعن فى العقد بالصورية) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٧ — ٢٤٨ (مطابقتان لنصوص التقنين المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٠ : إن الأوراق السرية التى يراد بها تعديل سند رسمى أو سند ذى توقيع خاص لا يسرى مفعولها إلا بين المتعاقدين وخلفائهم العموميين .

م ١٦١ : إن دائنى المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين أنشىء السند الظاهرى احتيالا للإضرار بهم ، يحق لهم أن يقيموا دعوى إعلان التواطؤ وأن يثبتوه بجميع طرق الإثبات .

(والأحكام لا تختلف عما هى عليه فى التقنين المصرى ، وإن اختلفت العبارة : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦٨ — ص ٧١) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ =

ومن ثم إذا باع شخص عيناً من آخر بيعاً صورياً واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشترى لا وجود للبيع . ويبقى البائع مالكاً للعين ، وله حق التصرف فيها ، ويستطيع أن يبيعها بيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتر ثان والمشترى الثانى هو الذى تنتقل إليه الملكية ، وليس للمشترى الصورى الأول أن يحتج بعقد البيع الصورى على المشترى الثانى ولوسجل البيع الصورى قبل تسجيل البيع الجدى . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية فى ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقى أيضاً لا بالعقد الصورى[١] .

وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشترى الصورى مالكاً للعين[٢] . وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث، إذا مات المشترى الصورى[٣] .

= م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦ — شبين الكوم الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستئنافية أن تجعل العقد الظاهر هو الذى يسرى فى العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ، ولكن هذا الرأى لم يسد ، وقد قدمنا أن المتعاقدين فى الصورية لايغش أحدهما الآخر حتى لا يجوز له أن يتمسك بغشه ، بل الاثنان متواطئان معاً على الصورية .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦٤٦ .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى الإثبات فقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٣مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

(٢) ولكنه إذا تصرف فيها فانتقلت إلى خلف خاص، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصورى كما سنرى . ومن ثم أمكن الأستاذ فلاتيه (Flattet) فى كتابه « العقود لحساب الغير» أن يجعل البائع والمشترى الصوريين شريكين فى حق واحد (cotitulaires du droit) (فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٣٣) .

(٣) هذا مالم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد جدى وهو حسن النية ، فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل إليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام لايعلم به (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣) . وإذا طعن الوارث بالصورية فى تصرف صدر من مورثه إضراراً بحقوقه فى الإرث ،فإنه لايصبح غيراً ، ولكن له فى هذه الحالة أن يثبت الصورية بجميع الطرق لوجود تحايل على القانون ، وسيأتى بيان ذلك .

ولكن إذا لم يكن للعقد الصورى وجود كتصرف قانونى فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فان له مع ذلك وجوداً مادياً قد يترتب عليه أثر قانونى . فالتصرف الصورى الصادر من الموصى له فى العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنياً للوصية، وكذلك التصرف الصورى الصادر من الوارث فى عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث فى القانون الفرنسى[١].

٦١٩ — والعبرة بالعقد الحقيقى : فالذى يعتد به إذن ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص فى المادة ٢٤٥ مدنى ، إنما هو العقد الحقيقى . وقد رأينا فى المثل السابق أننا اعتددنا بورقة الضد ، وهى التى تعبر عن الموقف الحقيقى ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فالبائع الصورى يبقى مالكاً للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشترى الصورى لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه .

ولما كانت الصورية كثيراً ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسى بين الغش والصورية إلا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر[٢]، فاقتصر فى الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التى يراد الوصول إليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقى الذى قصد إليه المتعاقدان . وهذا هو ما تقضى به المادة ١٣٢١ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تنص على أن « العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ،ولا يكون لها أثر ضد الغير[٣]» . وهو ما استقر عليه الفقه

(١) ديموج ١ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ .

(٣) هذا هو النص المقتضب الذى تضمنه التقنين المدنى الفرنسى فى الصورية ، وقد ورد فى مكان غير مناسب هو باب إثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنينات الحديثة نصوصاً عامة فى الصورية . فقضت المادة ١١٧ من التقنين المدنى الألمانى بجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك ، بسريان العقد الظاهر . وجاءت نصوص المشروع الفرنسى الإيطالى أحكم من نصوص التقنينين المتقدمين وأكثر استيعاباً للموضوع ،فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه « فى حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فيما بين المتعاقدين،وإذا قصد المتعاقدان ، =

والقضاء فى فرنسا[1]، وما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر[2] حتى فى عهد التقنين المدنى السابق الذى لم يشتمل على النصوص التى اشتمل عليها التقنين المدنى الجديد ، وذلك لاتفاق هـذه الأحكام مع القواعد العامة ، وقد قنن القضاء

= باتخاذهما شكل عقد معين، أن يبرما عقداً آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، ويجوز لدائنى المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم أيضاً أن يثبتوا الصورية التى وقعت ضـارة بهم ، ويجوز إثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين » . ونصت المادة ٥٠ على أن « العقود المستترة التى لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام ، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفاً فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها » . ويلاحظ أن المشروع الفرنسى الإيطالى لم يخرج على القواعد العامة فى أحكام الصورية إلا فى مسألة واحدة ، وهى إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الإثبات بجميع الطرق .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٠ — أوبرى ورو ١ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٠٠ — ديموج ١ فقرة ١٦٠ و٧ فقرة ١١٤٣ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٥ — نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤–١–١١ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ ، سيريه ١٩٠١–١–٢٧–٢ مارس سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٦١٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٧١ .

(٢) دى هلتس ١ لفظ (acte) فقرة ١٠٢ — والتون ٢ ص ١٣٢ — ١٣٣ — الأستاذ محمد صالح فى الالتزامات فقرة ٣١٥ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٥٤٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى بصورية عقد لا تكفى للحكم ببطلانه ، وإنما يجب بيان العلة التى من أجلها تحرر العقد الصورى، لأن الصورية وحدها لا تقتضى بطلان العقد، وإنما يبطل إذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧) . وقضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ، متى كان الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخاً بل إقراراً بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . أنظر أيضاً : استئناف أهلى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٧٦ — ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ بوريللى بك م٢٩٣ رقم ٥ — ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣ .

المصرى كما قدمنا فى المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من التقنين المدنى الجديد .

٦٢٠ — وجوب اثبات العقد الحقيقى والشروط الواجب توافرها فيه : وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذى يريد التمسك به ، وفقاً لقواعد الإثبات التى سنبينها فيما يلى . أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقداً مستتراً ، فالعقد الظاهر هو الذى يعمل به ، ويعتبر عقداً جدياً لا صورياً(١) .

فاذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر فى هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون(٢) . فعقد الهبة المستتر فى صورة البيع مثلا يجب أن يصدر من ذى أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها(٣) . فاذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلا لمانع ،

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٦٢ هامش رقم ١ — أوبرى ورو طبعة سادسة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ — كولان وكابيتان وموارنديير ٢ فقرة ١٩٠ — فقرة ١٩١ .

(٣) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحاً ، فان كان غير مباح كان باطلا ، حتى لو ستره عقد مباح . مثل ذلك ما تقضى به المادة ٩١١ من التقنين المدنى الفرنسى من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيح القانون العقد الظاهر فى نفسه والعقد المستتر فى نفسه ، ولكن لا يبيح أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثانى . مثل ذلك ما كانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ من التقنين المدنى السابق (المعدلة بالقانونين رقم ٤٩و٥٠ لسنة ١٩٢٣) تقضى له من أنه إذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به إخفاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر به ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ففى هذا الفرض كان البيع الوفائى مباحاً فى ذاته ، وكذلك رهن الحيازة ، ولكن غير مباح أن يستتر رهن الحيازة فى صورة بيع وفائى ، فاذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفائى باطلا لاعتبارات ترجع إلى النظام العام . انظر فى بطلان العقد المستتر والعقد الصورى للسبب غير المشروع : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٨ .

وفى قضية أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المتعاقدين — لا الغير — بالعقد الصورى لا بالعقد الحقيقى جزاء لهما على الغش ، فقضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقى . إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على =

ويحسب من نصيب الموهوب له فى الميراث فى القانون الفرنسى[١] ، ويعتبر تبرعاً لامعاوضة من حيث الدعوى البولصية[٢] .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط فى العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التى قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة — ولو كانت هبة منقول[٣] — فى صورة بيع لا تشترط فيها ورقه رسمية (انظر المادة ٤٨٨ فقرة أولى مدنى) ، ويكفى أن يكون العقد الظاهر بيعاً فى شكله وفى موضوعه[٤] .

= ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ فى هذه القضية أن المحكمة قد أوقعت عقوبة على البائع جزاء غشه للخزانة دون نص يخول لها ذلك ، فالبائع قد اضطر إلى قبول ثمن أقل مما باع به مع أن العقد الحقيقى هو الذى يجب أن يسرى فى علاقته بالشفيع ، إذ الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يخير بين العقد الظاهر والعقد الحقيقى ، وإن كانت محكمة النقض اعتبرته من الغير فى قضية مماثلة . وسنعود إلى هذه المسألة (انظر الفقرة التالية) .

(١) كذلك يجب إنقاص الهبة (réduction) حتى تصل إلى الحد المسموح به (quotité disponible) بالنسبة إلى الورثة إذا كانت الهبة لوارث فى القانون الفرنسى ، ويلاحظ أن هذه الأحكام — إنقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث — تسرى فى علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير فى مثل هذه الحالة (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٣٧ هامش رقم ٣) .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ — فلا يشترط فى القانونين المصرى والفرنسى أن يثبت دائن الشخص الذى صدرت منه هبة فى صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط فى القانون المصرى إثبات سوء نية الواهب نفسه .

(٣) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ فقرة ٥٧٣ .

(٤) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ — نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — فيجب إذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية فى العقد الظاهر . وعلى هذا الرأى سارت محكمة الاستئناف الأهلية فى دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة فى صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصورى بيعاً كاملا فى مظهره ومن حيث استكماله للشروط الموضوعية ، فإذا نص على هبة الثمن بطلى العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨) . وقد كان القضاء المختلط يميل إلى جواز أن ينص على هبة الثمن (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٤٦ . وهذه مسألة مختلف فيها فى فرنسا ، فرأى يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ١ — ٤١٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ١٩٣)، ورأى لا يشترط =

وإذا أفرغ العقد الظاهر فى ورقة رسمية ، فانه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفى[1] .

المبحث الثانى

أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

٦٢١ — تحديد من هو الغير فى الصورية : قدمنا أنه يجب التميز فى الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير فى الصورية يحتاج إلى التحديد ، فقد رأينا أن الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانونى الذى تواجهه ، فالغير فى الصورية يختلف عن الغير فى أثر العقد : وعن الغير فى التسجيل ، وعن الغير فى القيد ، وعن الغير فى التاريخ الثابت ، وعن الغير فى حجية الحكم .

والوضع القانونى فى الصورية الذى يكون أساساً فى تحديد معنى « الغير » يتلخص فى وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصورى واطمأن إليه ، معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقى فبنى عليه تعامله[2] . فاستقرار التعامل يقضى فى هذه الحالة — كما تقضى العدالة — أن يعتبر العقد الصورى بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج أثره إذا كانت له مصلحة فى ذلك[3] . وهذا الأساس فى تحديد معنى « الغير » فى الصورية يقتضى أن يكون « غيراً » الفريقان الآتيان :

(أولا) كل من كسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشىء محل التصرف

=(نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٤ — ١ — ٣٨٨) ، وانظر فى هذه المسألة ديموج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ .

وإذا أبرم وصى عقداً صورياً عن القاصر مما يجب فيــه إذن المحكمة الحسبية ، فالعقد الصورى لايكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا اشتمل على إذن المحكمة الحسبية ، والعقد المستتر ذاته يجب الحصول فيه على الإذن ليكون صحيحاً حتى فيما بين المتعاقدين ، ما لم يقتصر على تقرير صورية العقد الظاهر (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فى الإثبات فقرة ٢٠٩ .

الصورى ، سواء كان هذ الحق سابقاً للتصرف الصورى أو تالياً له[1] .

فلو باع شخص داراً من آخر بيعاً صورياً ، فكل من كسب حقاً عينياً على هذه الدار ، قبل التصرف الصورى أو بعده ، من البائع أو المشترى ، يعتبر من الغير فى البيع الصورى الذى تم . مثل من يكسب الحق العينى من البائع قبل التصرف الصورى دائن مرتهن يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعاً صورياً ، ومثل من يكسب الحق العينى من البائع بعد التصرف الصورى مشتر ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى بيعاً جدياً بعد أن باعها بيعاً صورياً . فكل من الدائن المرتهن والمشترى بعقد جدى يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصورى ، ومن حقه أن يطعن فى هذا البيع بالصورية على النحو الذى سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذى كسبه من البائع[2] . ومثل من يكسب الحق العينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى له مشتر ثان يبيع منه المشترى الصورى الدار بيعاً جديا بعد أن اشتراها بعقد صورى ، أو دائن مرتهن يرهن له المشترى الصورى الدار . فكل من المشترى بعقد جدى والدائن المرتهن يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصورى ، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذى سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذى كسبه من المشترى[3] . ويستوى أن يكون الشىء محل التصرف

---

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — قارن : نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى ، ويشترط هذا الحكم خطأ أن يكون عقد الخلف الخاص سابقاً على التصرف الصورى (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢) .

(٢) ويلاحظ أن الدائن الذى ارتهن الدار من البائع قبل صدور التصرف الصورى يندر أن تكون له مصلحة فى الطعن بالصورية ، لأن حق رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصورى جدياً . ومع ذلك يتفق أن تكون له مصلحة ، كما إذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصورى ، فله مصلحة فى إسقاط البيع الصورى حتى يستطيع أن يقيد رهنه . وحتى إذا كان قد قيد رهنه قبل صدور البيع الصورى ، فتبقى له مع ذلك مصلحة فى التمسك بصورية البيع حتى لا يتتبع العقار فى يد المشترى فيتحمل إجراءات التطهير . وفى بعض القضايا التى عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل التصرف الصورى الصادر من مدينه له مصلحة فى الطعن بالصورية ، فإنه كان قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون فى مواجهة المدين وحده دون الحائز ، فطعن فى تصرف المدين بالصورية حتى لا يحكم ببطلان هذه الإجراءات (٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٦٩ — ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) .

(٣) ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك على الدائن المرتهن للعقار المبيع ، إذا =

الصورى عيناً أو ديناً(١) .

ويلاحظ أن هذا الفريق الأول ليس إلا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين فى البيع الصورى : خلفاً خاصاً للبائع أو خلفاً خاصاً للمشترى .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشترى بسبب يغاير التصرف الصورى الصادر من البائع إلى المشترى . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصورى ، والمشترى بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدى وهو غير البيع الصورى ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشترى بعقد جدى من المشترى والدائن الذى ارتهن من المشترى الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين

= كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشترى ، بسند مستتر جاء فيه أن المشترى لم يدفع الثمن خلافاً لما ورد فى عقد البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣) ، ولا يجوز أيضاً التمسك بذلك قبل المشترى من المشترى (استئناف مصر ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٩ ص ٣١٧) .

(١) وقد يكون الشىء محل التصرف الصورى هو دين صورى عقده المدين ، فيعتبر من الغير فى هذا الدين الصورى من كسب حقاً عينياً على هذا الدين . فاذا حول الدائن فى هذا الدين الصورى الدين إلى محال له يجهل صوريته ، كان المحال له غيرا ، ولا يستطيع المدين فى الدين الصورى أن يتمسك قبله بصورية الدين ، إذ للغير كما سنرى أن يتمسك بالعقد الصورى إذا كانت له مصلحة فى ذلك (بنى سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩) . وقد يكون الدين حقيقياً غير صورى ، ويحوله الدائن حوالة صورية ، فيكون طرفا الصورية فى هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له . أما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف فى الحوالة الصورية ، ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفى الصورية (انظر الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٤٩ وقارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٨) . فاذا دفع الدين للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحا مبرئاً لذمته ، لا لأنه من الغير فى الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ، بل لأنه دفع الدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية . وإذا كان الدين المحال به حوالة صورية ديناً متنازعاً فيه ، وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات ، وعارض المحيل أو المحال له فى ذلك متمسكاً بأن الحوالة صورية ، فيبدو لنا أن المدين لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصروفات لأنه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصورى (قارن نظرية العقد ص ٨٣٣ هامش رقم ١ حيث أوردنا رأياً وأحكاماً بعكس ذلك) .

محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف الصورى نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى للتخفف من رسوم التسجيل ، فان الشفيع فى هذه الدار لايعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور فى العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى إذا أثبته أى من البائع أو المشترى . ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى[١] ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصورى ، فلا يعتبر غيراً فى هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشترى فى البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشترى إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو فى الوقت ذاته بعد أن حل محل المشترى قد أصبح طرفاً مع البائع فى نفس العقد الصورى فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع[٢] .

---

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (fait complexe) ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانونى (الوسيط الجزء الأول ص ١٣٢ هامش رقم ٢) . فيدخل إذن فى تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية كما سبق القول .

(٢) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا الرأى الذى نقول به . فقد قضت بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لايحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين — ويقول الطاعنون إن بيوعاً متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة بأثمان أعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقوداً عرفية لم تسجل فقد آثروا أن يصدر البيع رأساً من الشركة إليهم بثمن صورى هو الثمن الذى تقاضته الشركة فى الحال — قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقد رأينا أن محكمة الاستئناف المختلطة (انظر آنفاً فقرة ٦٢٠ فى الهامش) قد قضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقى إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لايجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقد أوردنا هذا الحكم فى كتاب « نظرية العقد » (ص ٨٣٥ هامش رقم ٤) ، وقلنا هناك إن المحكمة جعلت العقد الصورى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين عقاباً لهما على الغش فى حق الخزانة ، والعقوبة لاتكون إلا بنص =

ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً ، فانه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع

= (انظر أيضاً آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) . ونقول هنا ، بالإضافة إلى ماتقدم ، إن الشفيع لايعتبر من الغير حتى يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر .

ويؤيد الأستاذ إسماعيل غانم المبدأ الذي أخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفيع غيراً له أن يأخذ بالثمن الوارد في عقد البيع ولو كان أقل من الثمن الحقيقي ، ويقول إن القول بغير هذا «يؤدي إلى نتيجة غيرعادلة وهي سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا كان الشفيع قد أودع الثمن الظاهر وفات ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يعلم بالثمن الحقيقي» (أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ١) . ولكن هذا الاعتراض يسهل دفعه ، فان الشفيع لا يلزمه أن يودع إلا الثمن الوارد في العقد ما دام لا يعلم بالثمن الحقيقي ، فاذا ثبت أن الثمن الحقيقي أكبر من الثمن الوارد في العقد ، وجب عليه أن يبلغ ما أودعه إلى مقدار الثمن الحقيقي حتى بعد فوات ميعاد الثلاثين يوماً .

وللمبدأ الذي أخذت به محكمة النقض . ونقول بعكسه ، تطبيقات هامة أخرى . من ذلك أن الشفعة ، وفقاً لهذا المبدأ ، تجوز في البيع الصوري وفي البيع الساتر لهبة ، إذ يأخذ الشفيع بالعقد الظاهر وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشترى ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لايجوز أن يحتاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) — وقضت أيضاً بأن الشفيع من الغير ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم يكون له الأخذ بالشفعة اعتماداً على العقد الظاهر ، دون نظر إلى العقد المستتر (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥) . وقضت بأن من المقرر قانونا أن ورقة الضد لا يحتج بها إلا فيما بين العاقدين ، وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة ما دامت هي لم تسجل . فتى كان العقد صريحاً أنه بيع لا رهن ، فلا يجوز قانونا التمسك قبل الشفيع — وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد — بأنه رهن لا بيع ، بناء على إقرار من البائع بذلك مقول أنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في هذا المعنى أيضا ، بأنه لايجوز التمسك على الشفيع بسند مستتر جاء فيه أن البيع ليس إلا ضماناً للمشترى لحق له في ذمة البائع ، حتى إذا دفع البائع الدين فسخ البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) .

ولا نرى ، في كل ما تقدم من التطبيقات ، أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، فليس له أن يأخذ بالشفعة في البيع الصوري ، ولا في البيع الساتر لهبة ، ولا في أي بيع يستر عقداً لا يجيز الأخذ بالشفعة . والأحكام التي اعتبرته غيراً لا تتمشى ، في رأينا ، مع منطق الغيرية في الصورية على النحو الذي أوضحناه (أنظر من هذا الرأي الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٥١٤ مكررة ب =

بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لايعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لايعتبر غيراً فى هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد

= عكس ذلك الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) .

والظاهر من التحليل الذى قدمناه أن هناك طائفة — غير المتعاقدين والخلف العام — لاتدخل مع ذلك فى طبقة الغير . فهذه يسرى فى حقها العقد الحقيقى ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، إذ سريان العقد الصورى إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفى حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل فى هذه الطائفة المشار إليها ، فيسرى فى حقه العقد الحقيقى لا العقد الصورى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة من المشترى ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان ، يستطيع أن يطعن فى البيع الثانى بالصورية ، حتى يأخذ العقار من المشترى الأول بشروط البيع الأول ، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثانى (١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ ، وانظر أيضاً استئناف أهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ — وقارب : استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس هذا معناه أن الشفيع ، إذ يطعن فى البيع الثانى بالصورية ، يكون غيراً ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يسرى فى حقه دائماً العقد الحقيقى دون العقد الصورى . وهو يتمسك بالبيع الأول لأنه البيع الحقيقى ، ويطعن بالصورية فى البيع الثانى حتى يستبعد سريانه فى حقه . ولو كان الشفيع غيراً ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصورى إذا كانت شروط هذا البيع أفضل له من شروط البيع الحقيقى ، ولكنه لايستطيع ذلك فى رأينا ، ولا يجوز له أن يأخذ الشفعة إلا على أساس البيع الحقيقى .

وهناك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون فى هذه الطائفة التى لاتعتبر من طبقة الغير ، فلا يسرى فى حقهم إلا العقد الحقيقى ، ولهم أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — انظر أيضا : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضاً ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورية البيع الصادر إلى مدعى الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تلقى الشك فى جدية البيع ، ينتقل عبء الإثبات إلى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صورى أو أن هذه القرائن القضائية لادلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) وللخزانة العامة أن تتمسك بالصورية إذا تضمن العقد بياناً غير حقيقى للاضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) — على أنه يجب للتمسك بصورية العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يطعن بالصورية فى هذا العقد ، فلا يجوز لناخب التمسك بصورية عقد يملك مرشح بموجبه النصاب القانونى (نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩ =

حقه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصورى ذاته (١).

(ثانياً) الدائنون الشخصيون(chirographaires) لكل من المتعاقدين طرفى الصورية (٢).

فدائن المشترى فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصورى قد انتقل إلى المشترى ، فدخل فى ضمانه العام ، وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصورى . وكذلك دائن البائع فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصورى لم يخرج فى الحقيقة من ملك البائع ، أى لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقى (٣) .

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير فى بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير فى أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير فى الصورية والدعوى البولصية والقيد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر

= ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز ذلك لمرشح آخر ينافس المرشح الأول ، إذ أن لهذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة فى الطعن بالصورية . قارن فى كل ذلك الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٨١ ص ٥٨٦ هامش رقم ٢ .

(٢) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ — ٢٧ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . انظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

(٣) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن فى علاقة الدائن الصورى بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم فى تقاضى دينه الصورى من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، إلى أن يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤) . وإذا باع شخص عيناً لآخر بيعاً صورياً ، فباعها المشترى الصورى هو أيضاً بيعاً صورياً لمشتر ثان ، فإن للبائع الصورى الأول — وهو دائن للمشترى منه بموجب ورقة الضد — يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصورى الصادر من المشترى الاول إلى المشترى الثانى ، فيجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات (نقض مدنى أول ديسمبرسنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لايعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcription) ، فيسرى فى حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصى يعتبر من الغير فى الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، ما دام خاليا من النزاع ، ومركزه فى ذلك كمركزه فى الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البولصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء.

ولا يشترط كذلك فى الدائن الشخصى للبائع ، حتى يعتبر من الغير فى الصورية ، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصورى ، بل يصح أن يكون تالياً لهذا التصرف ، إذ تصرف المدين الصورى يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشيء محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصورى ومن كان منهم لاحقاً له(١). وما قلناه فى الدائن الشخصى للبائع نقوله فى الدائن الشخصى للمشترى ، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصورى أو سابقاً عليه ، فنى الحالتين دخل الشيء ظاهراً فى الضمان العام للدائنين (٢) . وفى هذا أيضاً يتفق مركز الدائن

---

(١) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ — استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ويقول بلانيول وريبير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥) إن الأمر إذن ليس مقصوراً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فإن دائن المشترى الذى ثبت حقه قبل صدور البيع الصورى لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك للشيء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشيء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند إلى عقد البيع الذى ملك المشترى بموجبه الشيء فى الظاهر لأنه عقد صورى وليس له وجود قانونى . فهناك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير مايبطنان ، فيؤخذان بما يظهرانه إذا كان للغير مصلحة فى ذلك .

الشخصى فى الصورية مع مركزه فى الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه فى الدعوى البولصية .

٦٢٢ — **للغير أن يتمسك بالعقد المستتر** : وقد رأينا المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى تحدد الغير فى الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، وتقضى بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر — وهو العقد الذى له وجود حقيقى والذى أراده المتعاقدان — هو الذى يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة فى ذلك كما سنرى .

فالعقد المستتر هو إذن الذى يسرى فى الأصل فى حق الغير[1] ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد فى مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدى[2] .

---

(١) ويتمسك به الغير طبعاً عند تحقق المصلحة له فى ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضاً دى هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الإثبات ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٢) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم ، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦) . وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهليـة بأن على الحاكم أن تحكم برد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية ، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥) . ويجوز للمشترى أن يتمسك بورقة ضد بين البـائع والمستأجر للعين المبيعة ، فيطالب المستأجر بالأجرة المذكورة فى ورقة الضد إذا كانت أعلى من الأجرة المذكورة فى عقد الإيجار الظاهر ، أما إذا كانت الأجرة المذكورة فى عقد الإيجـار الظاهر هى الأعلى فللمشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة فى ذلك ويطالب المستأجر بالأجرة الأعلى ، ويرجع المستأجر على البائع بالفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة المستترة (والتون ٢ ص ١٣٦) .

=

ويترتب على ذلك أن لدائنى البائع ، إذا كان البيع صورياً ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع[1]. ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم فى ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصورى كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فانه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه فى التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى فى الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذى رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده[2] .

= أما أن الشفيع يتمسك بالثمن الحقيقى لا بالثمن الأعلى الوارد فى العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الشفيع يعتبر غيراً فى الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى فى حقه دائماً العقد الحقيقى لا العقد الصورى ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر عكس هذا الرأى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٧٦) .

(١) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن على دائن البائع أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل إلى تقرير أن عقد البيع صورى لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أدق من أن يطلب الحكم بالصورية فى صورة دفع فى دعوى استحقاق ترفع أثناء إجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأى فقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق بالصورية فى صورة دفع لا فى صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩) .

(٢) لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وانظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلا آخر ، فعندهما أن الدائنين إذا استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لأن الحكم بالصورية قد صدر فى مواجهة المتعاقدين فيسرى فى حق دائنيهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هى دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية لا تفيد إلا الدائن الذى رفعها ، ويستندون فى ذلك إلى نسبية الحكم وإلى أن الدائن رفع الدعوى باسمه (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبنانى هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذى يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى رقم ٥٤ الصادر فى ١٩٤١/١/٢٧ : انظر الدكتور المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص٧١) . ولما كانت الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الرأى — وهى نسبية الحكم ورفع الدائن الدعوى =

كذلك للخلف الخاص ، الذى كسب حقه من البائع على العين المبيعة صورياً ، أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته فى ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصورى ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصورى ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذى يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصورى ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعا صوريا ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن يكون قد باعها بيعا جديا ويسجل المشترى الثانى عقده الصورى قبل أن يسجل المشترى الأول عقده الجدى ، فللدائن المرتهن فى المثل الأول ، وللمشترى الأول فى المثل الثانى ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا فى العقد الظاهر بالصورية(١) .

= باسمه – تتفق مع الاعتبارات المتحققة فى الدعوى البولصية ، وكان الدائن فى الدعوى البولصية يستأثر بالتنفيذ على العين فى القانون الفرنسى ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأى أن الواجب أيضاً فى دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين . أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد رأينا أن الدائن فى الدعوى البولصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى فى دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(١) وأحكام محكمة النقض مضطردة ، كما رأينا عند الكلام فى الدعوى البولصية (انظر آنفاً فقرة ٥٨٨ فى الهامش) ، فى أن القانون لا يمنع المشترى الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود ، لكى يحكم له هو بصحة عقده ، ولكى يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة (نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — انظر أيضاً : نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى ص ١٩٤ – ص ١٩٥ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ – استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . كذلك لا يحتج على المشترى الجدى بتسجيل المشترى الصورى ، حتى لو كان المشترى الجدى اشترى بعقد ابتدائى وفسخ هذا العقد ، لأن المشترى الجدى فى هذه الحالة يصبح دائناً للبائع الصورى ، وله بهذه الصفة الطعن بالصورية فى البيع الصورى المسجل . وقد قضت محكمة النقض بأنه =

٦٢٣ — وللغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك : على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته فى أن يتمسك بالعقد الظاهر . وقد قضت المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، بأن الغير — دائنى المتعاقدين والخلف الخاص — له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية (١) . وهنا تبرز أهم قاعدة فى الصورية ، وهى القاعدة التى تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية . فالى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس فى تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فأن العقد المستتر هو العقد الحقيقى ، فهو الذى يسرى كما سبق القول . أما أن يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر — العقد الذى لا وجود له قانونا — فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطغى فى كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته . وهو إذا تمسك بالعقد

= متى كان الواقع هو أن الطاعن قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولا بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثانى ، وثانياً ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن أقام قضاءه على أساس أن الحكم بفسخ العقد الابتدائى المبرم بين الطاعن والمطعون عليه الثانى يترتب عليه تبعاً رفض هذه الدعوى ، مع أن الحكم بفسخ العقد المذكور لا يستتبع رفض الدعوى المقامة من الطاعن بطلب إبطال العقد الصادر من المطعون عليه الثانى إلى المطعون عليه الأول للصورية ، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بذلك أخطأ فى تطبيق القانون ، لأن من حق الطاعن بوصفه دائناً للمطعون عليه الثانى بما عجله له من الثمن أن يطعن فى تصرفات مدينه الصورية ، وكان لزاماً على المحكمة أن تتناول بالبحث والتمحيص ماقدمه الطاعن من أدلة على الصورية وتفصل فيها (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ٦٣٥) .

وغنى عن البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستتر ، فلابد من أن يستوفى هذا العقد الشهر الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد (نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٢١).

(١) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ — فالعقد المستتر لا يسرى ضد مصلحة الغير (contre les tiers) كما تقول المادة ١٣٢١ من التقنين المدنى الفرنسى — انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٣ — ص ٦٤٥ — وانظر : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

المستتر ، فلأنه العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدان ، فيأخذهما بما أرادا . وإذا تمسك بالعقد الظاهر ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً انخدع به واطمأن إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما فى علاقتهما بالغير . فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطغى فى كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك « غير » آخر بالعقد المستتر ، فان المتمسك بالعقد الظاهر — أى بالاستثناء — هو الذى ترجح كفته .

فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر[١] إذا تحققت له مصلحة فى ذلك[٢]. ومن ثم يكون لدائن المشترى فى البيع الصورى أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التى اعتبرت بالنسبة إليه داخلة فى ملك المشترى بموجب العقد الظاهر ، ولو كان حق هذا الدائن ثابتاً فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصورى كما سبق القول[٣] . ولا يستأثر دائن المشترى بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه فى ذلك سائر دائنى المشترى ، لنفس الأسباب التى قدمناها فى دائن

(١) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — والدائن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يعمل باسمه ، أما إذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فانه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستتر كدينه (نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ١٠٩) .

وإذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغاً أكبر مما هو مذكور فى العقد الظاهر ، ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢ — ١ — ٤٥٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — اسكندرية الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — شبين الكوم الكلية ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — أسيوط الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ – ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ – أول ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .

(٣) كذلك للدائن أن يطلب إخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمته مال المدين ، متمسكاً بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٢٤٣) .

البائع . كذلك للخلف الخاص الذى كسب حقه من المشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتهن من المشترى [١]، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان [٢] ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العينى قد انتقل إليهم من مالك [٣].

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد ، فمن البديهى إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى ، بل اعتقد أنه عقد جدى واطمأن إليه وبنى عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى ، شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين [٤]. فلا بد إذن أن

---

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ . وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بأنه إذا كان البيع الأول صورياً، وكان المشترى الثانى حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لأنه تعامل مع المالك الظاهر ، ولأن العدالة تقضى باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — والتون ٢ ص ١٣٦).

(٣) حتى لو كان العقد المستتر قد شهر قبل شهر حقهم العينى ، ما داموا يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشترى الظاهر بالرغم من شهره ، وستأتى الإشارة إلى ذلك (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٦٥) . وإذا كان المبيع بيعاً صورياً منقولا ، وتصرف فيه المشترى الصورى إلى مشتر ثان حسن النية ، انتقلت الملكية إلى المشترى الثانى دون حاجة إلى أن يتسلم المبيع ، لأن الملكية إنما انتقلت إليه بحكم البيع الثانى وفقاً لقواعد الصورية ، فلا حاجة به إلى الحيازة (قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٧٠) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — بنى سويف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٣٤٧ — هيك ٨ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١١ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٧ — وشرط حسن نية الغير يقرب دعوى الصورية من الدعوى البولصية ، فكما يجوز أن يطعن الدائن بالدعوى البولصية فى تصرف مدينه الصادر إلى الغير سىء النية ومنه إلى خلف سىء النية أيضا ، كذلك يجوز لدائن البائع أن يطعن بالصورية فى التصرف الصادر من البائع إلى المشترى ولو باع المشترى العين لمشتر ثان سىء النية (استئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣) .

يكون الغير جاهلا بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتمسك به . ويكفى أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فاذا كان دائناً شخصياً للمشترى وكان التصرف الصورى سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائنا للمشترى قد اعتقد أن التصرف الصورى الذى سبق حقه إنما هو تصرف جدى ، وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى ، فيجب وقت انتقال الحق العينى إليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصورى. وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عينياً ، سابقا على التصرف الصورى ، فى هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصورى أن هذا التصرف جدى ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار.

والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه[1]. ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فانه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما فى ذلك البينة والقرائن[2].

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٣ .

(٢) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٣ — استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨) . ولذلك يصعب تحقق الصورية فى العقود الواجب شهرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . على أن هذه القرينة ، فى رأينا ، ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره (انظر من هذا الرأى ديموج ١ فقرة ١٦١ ص ٢٦٤ — وقارن بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨١ ص ٧٢— الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٤ : ويذهبون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل) ، هذا ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

ولو اشترك شخص فى تحرير العقد الظاهر ، ولو بصفته شاهداً ، وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فانه يكون بمنزلة المتعاقدين لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند فى طعنه إلى دليل كتابى ، ومتى كان هذا الطلب موجها ضد طرفى العقد اللذين اشتركا معه فى الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١). هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادىء المتقدمة ، فقضت فى حكم شاذ بأنه لا يجوز لطرفى العقد الصورى أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣).

٦٢٤ — التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد المستتر : ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته ، فانه يقع كثيراً أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة. ويكفى أن نفرض فى بيع صورى أن يكون للبائع دائن وللمشترى دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشترى مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فاما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينياً من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشترى أو من كسب حقاً عينياً من المشترى ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص فى هذه المسألة، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر[1] . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر[2] .

---

(١) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ — استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ — نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ —١— ٣٤٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ — والتون ٢ ص ١٣٩ .

(٢) فتحى زغلول ص ١٤٣ – ص ١٤٤ — محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٥ ص ٣٦٠ — أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٥٢ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — انظر أيضاً فى اشتراط حسن نية خلف المشترى الظاهر لتقديمه على خلف البائع : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — وهذا هو رأى محكمة النقض الفرنسية وجمهور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩ — ٢٠ يوليه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ —١— ٣٩٢ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ —٢٥ ابريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ — ١ — ١٢ — هيك ٧ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ — ديموج ١ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ .

وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . وبذلك أيد التقنين الجديد الرأى الذى ذهبت إليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل[1] . ويترتب على ذلك أن دائن المشترى فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكا بالعقد الظاهر إذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر[2] . ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتر ثان ، فان المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى مايأتى : « ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فإذا تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشترى بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦) .

(٢) وهناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشترى ، لأن تفضيل الموهوب له يؤدى إلى اغتنائه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ هامش رقم ١) .

ويترتب على تغليب العقد الظاهر أن دائن المشترى الظاهر ، حتى لو كان حقه ثبت فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصورى ، أى فى وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية مدينه الصورية ، يفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها ، لاسيما إذا لوحظ أنه لو كان البيع الصورى بيعاً جدياً لأمكن لدائن البائع أن يطعن فيه بالدعوى البولصية فيفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مدينه عند تصرف المدين فى هذا المال تصرفاً صورياً أقل نفاذاً من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ! هذا الاعتراض يقوم وجيهاً من ناحية المبدأ ، ولكن سنرى من الناحية العملية أن لدائن البائع فى هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية فى العقد الظاهر ، ويعتبره عقداً جدياً ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولايسرى فى حقه تصرف صورى كان لا يسرى لو أنه كان جدياً .

واحد . وإنما نحن بصدد تنازع مابين الأغيـار بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل ، فنأخذ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية فى التسجيل(١) . على أن المشترى من المشترى لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وإن كان يفضل على المشترى من البائع ولو تأخر عنه فى التسجيل(٢).

المبحث الثالث

الصورية من حيث الدعوى وطرق الاثبات

§ ١ — من حيث الدعوى

٦٢٥ — الخصوم فى دعوى الصورية : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر يطعن فى العقد بالصورية ، وفى هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة فى التمسك بالعقد الصورى فى الدعوى ، كخلف المشترى الظاهر إذا كان سيء النيـة(٣) . وقد يكون الطعن بالصورية

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ – بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٢ – قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ ص ٣٠٩ – ص ٣١٠ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا (أنظر آنفاً فقرة ٦١٨ فى الهامش) إلى أن الأستاذ فلاتيه (Flattet) فى كتابه «العقود لحساب الغير» يجعل من البائع والمشترى الصوريين شريكين فى حق واحـد (cotitulaires du droit) . فهو يكيف الصورية على أساس أنها وسيلة للتعاقد لحساب الغير (pour le compte d'autrui) . ذلك أن المشترى الصورى يستطيع أن يتصرف فى العين التى اشتراها صورياً للغير حسن النية ، فينفذ تصرفه فى حق المالك الحقيقى ، وهو البائع الصورى . فكأن المشترى الصورى يتعاقد مع الغير لحساب المالك الحقيقى . وتصبح العين محل التصرف الصورى لها صاحبان (deux cotitulaires) : مالك حقيقى (وهو البائع الصورى) ومالك صورى (وهو المشترى الصورى) . ويستطيع المالك الصورى أن يتصرف فى العين طبقا لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقى ، أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك الصورى سـلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر فى هذه التحليلات الطريفة فلاتيه فى التعاقد لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٣٣) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ — ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ =

فى صورة دفع فى دعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز إبداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى [١].

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، فيطعن الغير فى العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة له فى ذلك ، ويجب فى هذه الحالة إدخال كل من طرفى الصورية خصما فى الدعوى [٢].

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفى هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التى يستطيع بها المدين إثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها قبل المدين [٣].

ومن يدعى الصورية هو الذى يتحمل عبء إثبات ذلك [٤]، على النحو الذى سنبينه فيما يلى :

= ص ١٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ . على أنه إذا طعن ناظر الوقف فى عقد إيجار بالصورية ومات فى أثناء الدعوى ، فان خلفه يستمر فى الدعوى دون حاجة لإدخال ورثة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) .

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد أن اعترف الخصم ضمنا بجدية العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية . وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة فى عقد عرفى لا يجوزله ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو فى ذلك ، أن يبنى طعنه *أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد ، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان* بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — أما إذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفوع الجائزة قبل مدينه (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦) .

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، مالم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتعاقدين قصدا شيئاً آخر خلاف المدون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠) .

٦٢٦ — **أثر الحكم الصادر فى دعوى الصورية** : والحكم الذى يصدر فى دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره إلى الدائنين . فاذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم فى الدعوى دائناً لأحد طرفى العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما فى الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فان الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم(١) .

والحكم فى صورية العقد حكم فى مسألة موضوعيـة ، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض (٢) .

٦٢٧ — **عدم تقادم دعوى الصورية** : ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفى العقد الصورى أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها .

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة

---

(١) ويدلل لارومبير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن العين الذى وقع عليها التصرف الصورى لم تخرج بتاتاً من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون مادامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخلة فى الضمان العام لحقوقهم (لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الأستاذين بودرى وبارد لايريان ، كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٦٢٢ فى الهامش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان إلى أن الدائنين إنما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم فى الدعوى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩) .

وقد سبقت الإشارة (انظر آنفاً فقرة ٦٢٢ فى الهامش) إلى أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية إذا رفعها الدائن لايستفيد منها باقى الدائنين ممن لم يدخلوا فى الدعوى (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) .

(٢) نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٣٩ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ — ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ — أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ — هذا ما لم يقرر القانون قرائن تعرف بها صورية العقد ، فيجب على محكمة الموضوع ، تحت رقابة محكمة النقض ، الأخذ بها إذا كانت قرائن قاطعة (ديموج ١ ص ٢٧٥ بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٣٤٣) .

فى الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة فى صورة عقد بيع ، فان هناك دعويين : أحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن فى عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها فى ذلك شأن سائر دعاوى البطلان (١) .

§ ٢ — من حيث طرق الاثبات (٢)

٦٢٨ — حالتاه : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له (كالوارث والدائن الذى يرفع الدعوى باسم المدين) ، أو كانت مرفوعة من الغير .

٦٢٩ — الحالة الاولى — الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له : يراد فى هذه الحالة إثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين والورثة(٣). فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) إذا زادت قيمة الالتزام فى العقد المستتر على عشرة جنيهات (٥) ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٥ .

(٢) انظر ما سبق أن قدمناه فى قسم الإثبات فى إثبات الصورية (فقرة ٢٠٣ — فقرة ٢٠٤ آنفا) .

(٣) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .

(٥) استئناف مصر ١٦ نوفبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ — ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ — نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — ٩ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ — =

فيجوز فى هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق (١) . أما إذا لم تزد قيمة الالتزام

= ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام فى قسم الإثبات : أنظر آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز إثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقا بين الصورية والغش (استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .

(١) استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ — ٩ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام فى قسم الإثبات (انظر آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش) . وانظر أيضا الأحكام التى أوردناها فى قسم الإثبات عند الكلام فى الاحتيال على القانون (آنفا فقرة ٢٠٤)

وإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر ، جاز لهذا المتعاقد الآخر ولوارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فيثبت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع إليها باعث غير مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) ، أو أن الرهن وضع فى صورة بيع للتحايل على قانون خمسة الأفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) ، أو أن المبلغ المذكور فى السند يتضمن فوائد ربوية (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٧٠) ، أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيعصم العقد من الإبطال (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ — استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — استئناف الاسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو أن دينا مدنيا محضاً كتب عنه أنه سلم للمدين بصفة أمانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية إذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧) . أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ، فلا يجوز لأى منهما أن يثبت العقد المستتر إلا وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد ما دام التحايل لم يوجه ضد مصلحة أحد منهما . فلا يجوز للمشترى أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقى بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، مع أنه ليس من الغير كما قدمنا ، وذلك لأنه هو الذى قصد بالتحايل الاضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع أقل من الثمن الحقيقى تخففاً من رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق ، =

على عشرة جنيهات ، فانه يجوز إثبات العقد المستتر بجميع الطرق ، إلا إذا كان

= مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الإشارة، وذلك لأنها هى التى قصد بالتحايل الاضرار بها ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليها واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لأحد الورثة حقيقته وصية ، أما للورثة الآخرون فيستطيعون إثبات ذلك بجميع الطرق ، مع أنهم ليسوا من الغير فى الصورية ، لأن التصرف قد صدر إضراراً بحقوقهم فى الإرث فيكون تحايلا على القانون (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٣٢ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — أما فى التصرفات التى لا تضر بحقوقهم فى الإرث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الإثبات التى يتقيد بها : استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ — الزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقد قدمنا أن الورثة يستطيعون أيضاً ، لنفس الأسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لإخفاء أن هذا التصرف قد صدر فى مرض الموت .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً للمبادىء المتقدمة بأنه إذا وكل شخص آخر فى إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صورى غشاً للاضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التى تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضا ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديمهما للمجلس الحسبى ليرخص لها فى صرف المبلغ الوارد بالإيصال، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ، ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اختلس أحد طرفى الصورية من الآخر الدليل الكتابى على الصورية ، جاز للآخر إثبات هـذا الاختلاس ثم إثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

(انظر فى هـذه المسألة الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠ — =

العقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة[١] . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة فى الإثبات[٢] ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد فى قسم الإثبات .

٦٣٠ — الحالة الثانية — الدعوى مرفوعة من الغير : أما فى هذه الحالة فيريد الغير إثبات صورية العقد الظاهر فى مواجهة الطرفين[٣] . وهو لا يتقيد بالكتابة

= ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجيهة على بعض أحكام محكمة النقض) .

(١) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ — ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص١٩٥ — استئناف أهلى أول ينـاير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — استئناف مختلط ١٢ ينـاير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٦ مارس سـنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — وإذا استطاع الخصم إثبات عدم صحة ما ورد فى العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هى العلاقة التى تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، مادام لم يثبت أن هنـاك عقداً مستتراً يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٢٩ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٩٥ — ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الإثبات بغير الكتابة إذا وجد مانع من الحصول عليهـا . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مانعة من الحصول على كتابة تثبت الصورية ، فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها إلى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الإثبات بغير الكتابة فى المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(٣) أما إذا أراد أحد طرفى العقد الصورى أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز =

حتى لو كانت قيمة الالتزام فى العقد الظاهر تزيد على عشرة جنيهات(١) ، فيجوز له إثبات صورية العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن(٢) .

= له ذلك ، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية ، فيسرى عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرفى العقد الصورية قبل الغير .

(١) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نقض جنائى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهلى أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لايعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة (نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة إلى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لايكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) .

(٢) ويجب أن تكون القرائن مقنعة ، وإلا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ =

ذلك أن الصورية ، بالنسبة إلى الغير ، تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ،

= م ٢١ ص ٣٤٣) — ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة مابين المتعاقدين، أو أن البائع بقى حائزاً للشيء المبيع، أو أن المشترى لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ م ٧ ص ١٨٢ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) . ولكن ليس من الضرورى أن يكون العقد صورياً بقيام هذه القرائن ، إذ هى قرائن قابلة لإثبات العكس (استئناف أهلى ١٩ نوفبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ — ١١ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ — ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عيناً حارماً ابنيه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشترى مالا خاصاً (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩)، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على إعلام شرعى ودون أن يطلب المشترى منه مايدل على أنه وارث وما هو نصيبه فى الميراث ودون أن يكون الوارث حائزاً للعين المبيعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤)، وأن يصدر البيع عقب إعلان الدائن مدينه البائع ويتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة فى العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسراً بهذا البيع وأن المشترى عالم بذلك (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٢٧) ، وأن يتنازل المستحق فى وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط أن يعود إليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق فى الوقف كان مثقلا بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين فى ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلا لما تصرف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقدم المشترى على الشراء بالرغم من إنذار دائن البائع له بأن البيع يقع إضراراً بحقوقه (استئناف مختلط ١١ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١)، وأن يتقدم الدائن المطعون فى سنده بالصورية بحكم غيابى على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) . =

= وعند تقدير القرائن ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان معسراً وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجب أن ينظر إلى القرائن فى مجموعها دون أن تفصل إحداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يدفع المشترى جزءاً من الثمن مع وجود شرط فى العقد يقضى بدفع الثمن جميعه فورا (استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤)، ولا أن يكون الثمن بخساً (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص١٨)، ولا أن يكون التصرف قريبا من الوقت الذى امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٣) ، ولا أن يعطى المدين بعض منقولاته مقابلا لوفاء دينه (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشترى نفسه محل الدائنين المرتهنين فى الرهون التى تثقل العقار المبيع فان مثل هذا الاحتياط معقول (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من إمكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض فى القرائن على الصورية أنه إذا تنازع مشترى العقار الذى لم يسجل عقده مع مشتر ثان سجل عقده ، وطعن المشترى الأول بصورية العقد الثانى ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشترى الثانى بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثانى ، وعلى أنه ليس من المعقول أن يجازف هذا المشترى بدفع قيمة الثمن كله — كما ورد فى عقده — فى حين أنه لا يجهل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود فى التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشترى الثانى صورى وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشترى الثانى من أنهم — على خلاف ما ادعى — لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البائع — فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدى إلى الصورية التى قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه فى هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو فى رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضى سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصراً إذ هذه القرائن لا تؤدى إلى الصورية (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٦ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن يكون الدين المضمون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم ما دام لم يطعن فى القرض نفسه بأنه صورى ، إذ لا يتصور قيام رهن صورى ضامن لقرض حقيقى (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد، فإذا اقتنعت =

فيجوز إثباتها بجميع الطرق (١) .

الفرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة

٦٣١ — *الغرض من المقارنة* : بعد أن فصلنا قواعد دعوى الصورية ، نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، كما قارنا الدعوى البولصية بالدعوى غير المباشرة ، حتى نتبين ذاتية كل دعوى إزاء الدعويين الأخريين (٢).

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البولصية ، ثم بالدعوى غير المباشرة .

= المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفى الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صورى ، وأن ما قدمه كل منهما فى سبيل تأييد دفعه من قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشترى وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذاً للبيع ، لا تكفى وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن فى حكمه بالقصور (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائماً فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سليماً (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩) .

(١) ويجوز للغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضرراً من العقد الظاهر ، بل قصد أن يبتغى نفعاً من العقد المستتر (دى باج ٢ فقرة ٦٣٥ ص ٥٩٦ — عكس ذلك بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٥) .

(٢) أنظر فى استقلال (antonomie) دعوى الصورية عن كل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٧ .

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية

٦٣٢ – مقارنة اجمالية : يدعو إلى مقارنة الدعويين إحداهما بالأخرى شبه واضح فيما بينهما . فني كلتيهما يحاول المدين أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله [١] ، فيتصرف فى هذا المال تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً [٢] . وفى كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين فى حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . فى دعوى الصورية لا يتصرف المدين فى ماله تصرفاً جدياً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانونى ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقى ، ومن ثم لا ينتج العقد الصورى أثراً إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما فى الدعوى البولصية فالمدين يتصرف فى ماله تصرفاً جدياً ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين . هذا إلى أن الدائن فى دعوى الصورية يرمى إلى استبقاء شىء فى ملك المدين لم يخرج منه ، أما فى الدعوى البولصية فيرمى إلى إدخال شىء خرج من ملك المدين [٣] .

---

(١) ويلاحظ أن الصورية قد تتخذ سبيلا للوصول إلى أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن كما سبق القول .

(٢) وفى الحالتين يكون التصرف تدليسياً . وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسى هو أن يشارك المتصرف له المدين فى إجراء تصرف صورى أو فى إجراء تصرف حقيقى يجعله فى حالة إعسار بإخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعاً فسبيل إبطاله هو الطعن المبنى على الصورية أو على الدعوى البولصية ، وفى هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له اشترك مع المدين فى إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح فى حالة إعسار لا يفى ماله بمطلوب غرمائه . والعبء فى إثبات إعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص١٣) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

وكثيراً ما كان يخلط من دعوى الصورية والدعوى البولصية ، ولكن التميز بينهما أصبح =

٦٣٣ — الفروق التفصيلية ما بين الدعويين : وتختلف الدعويان ، في أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

= الآن واضحاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ — ٣ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٠١ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٣٦ - لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — فقرة ٤٩٩ — لارومبيير٢م١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣١ — والتون ٢ ص ١٤١) .

ويجوز رفع الدعويين إحداهما بعد الأخرى لأنهما دعويان مختلفتان ، فترفع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البولصية . بل يجوز رفع الدعويين معاً ، فيبدأ الدائن بإثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى ، ثم يطعن بعد ذلك فى العقد الحقيقى بالدعوى البولصية . مثل ذلك هبة فى صورة بيع : يبدأ الدائن بإثبات صورية البيع وأن حقيقة العقد هبة ، ثم يطعن بعد ذلك فى الهبة بالدعوى البولصية فلا يحتاج إلى إثبات سوء نية الموهوب له بل ولا إلى سوء نية الواهب فى القانون المصرى (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦— كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ - دى هلتس ١ action Paulienne فقرة ٢١) .

ويجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبالدعوى البولصية معاً على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ — قارن : استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ٢٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، إذا هو أخفق فى دعوى الصورية فى محكمة أول درجة ، أن يطعن بالدعوى البولصية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٧مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ - عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطعن بالدعوى البولصية أولا حتى إذا أخفق فيها طعن بالصورية، فإن الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ - استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ - مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ - استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البولصية إلى دعوى الصورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤)،وقضت أيضاً بأنه يجوز للدائن ، إذا كان قد طعن فى تصرف =

(١) دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البولصية فلا يرفعها إلا الدائن[١] .

(٢) فى دعوى الصورية يكفى أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع[٢] ، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى[٣] . أما فى الدعوى البولصية فلا يكفى خلو حق الدائن من النزاع ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

(٣) فى دعوى الصورية لايشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصورى ، أما فى الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه[٤] .

= مدينه أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صورياً أو جدياً ، أن يطعن فى التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١) .

هذا وإذا نجح الدائن فى إثبات صورية العقد اكتفى بذلك ، ولا يصبح فى حاجة إلى إثبات توافر شروط الدعوى البولصية (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦) .

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ .

(٢) أما إذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، فليس للدائن أن يستمر فى إجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص٥٠ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص٣٢) .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣١ — أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثاً — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ .

(٤) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف أهلى ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ — استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣—١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ =

(٤) فى دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصورى ، بفرض أنه جدى ، لايسبب إعسار المدين أو يزيد فى إعساره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا إطلاقا ، لأن الدائن فى هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لايغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر . أما فى الدعوى البولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب فى إعسار المدين أو زاد فى إعساره(١) .

= ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص١٠٨ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيراً فى هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، فيشترط فى الاثنتين أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين — هذا وقد يكون التصرف الصورى سابقاً على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ .

ونرى من ذلك أنه كما لا يشترط أعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما إذا كان المدين معسراً أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصورى والأعسار . فيستطيع الدائن أن يطعن بالصورية فى تصرف مدينه حتى لو كان موسراً (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الطعن بالصورية إذا كان المدين معسراً ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الأعسار أو زاد فيه . على أن الواقع فى العمل — كما تقول الأساتذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن إذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذى تصرف فيه هذا صوريا لا يتعب نفسه فى رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ إليها فعلا إلا عند إعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(٥) فى دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن فى التصرف الصورى . أما فى الدعوى البولصية فيشترط فى المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذى سبق بيانه[١] .

(٦) دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البولصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التى تتقادم بها هذه الدعوى[٢] .

(٧) فى دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التى باعها صورياً للمشترى ، أما فى الدعوى البولصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذى صدر منه بيع جدى .

(٨) فى دعوى الصورية إذا تنازع ، فى بيع صورى ، دائن البائع مع دائن المشترى ، قدم دائن المشترى إيثاراً للعقد الظاهر كما قدمنا[٣] . أما فى الدعوى

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جروبيه فقرة ٣٣٥ — كولان وكابيتان ومورانديير فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس ذلك : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ . انظر كذلك بلانيول وريبير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقون بين الرأيين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصورى مركز فعلى يثبت بالتقادم (انظر استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة فى صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (انظر آنفاً فقرة ٦٢٧) . ويميز بيدان ولاجارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هى التى تسقط بالتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٥) .

(٣) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشترى ، فالمشترى هو الذى يفضل ، سواء كان العقد صورياً أو كان جدياً وقابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشترى ، ففى دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف فى الرأى (انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ فى الهامش) ، وفى الدعوى البولصية يقدم الدائن =

البولصية فانه إذا باع المدين عينا إضرارا بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ فى حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى(١) .

المبحث الثانى

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ — وجوه الشبه : يتبين مما قدمناه فى دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبها واضحا بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام .

= حتى لو كان الموهوب له حسن النية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جروبيه فقرة ٣٤٠ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٥٦ ص ٣٥٧) .

(١) وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ فى الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع لايتحمل أثر تصرف جدى صدر من مدينه ، ويتحمل فى الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صورياً ، وكان الأولى هو العكس . ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صورى فلا تخلو الحال من أحد أمرين : (أ) إما أن يكون المدين متواطئاً مع المشترى بقصد الإضرار بالدائن ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن يتجنب الطعن فى البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جدياً ، فيطعن فيه بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشترى ولا يتحمل أثر تصرف صورى كان لايتحمله لو كان التصرف جدياً . (ب) وإما أن يكون تواطؤ المدين مع المشترى على الصورية لم يقصد به الإضرار بالدائن ، وفى هذه الحالة لو كان العقد جدياً لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية لعدم توافر شروط الإضرار بالدائن ، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصورى أقوى نفاذاً من العقد الجدى (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

هذا وقد كان يوجد فى عهد التقنين المدنى السابق بين الدعويين فرق هام آخر ، هو أن الدائن فى دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين (استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٧) ، أما فى الدعوى البولصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى . وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد محا هذا الفرق بجعله الدائن ، فى دعوى الصورية والدعوى البولصية على السواء ، لايستأثر وحده بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه فى ذلك سائر الدائنين .

انظر فى هذه المقارنة التفصيلية : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣١ — فقرة ٧٣٣ — ديموج ٧ فقرة ١١٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧١ — فقرة ٩٧٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٦ — دى باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ — فقرة ٢٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ — فقرة ٦٥٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فقرة ١٢١ .

فقد رأينا أنه لا يشترط فى دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر فى الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء، من اشترك منهم فى الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضع دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة فى صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا . فدائن البائع يستطيع أن يطعن فى العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصورى، وإذا نجح فى دعواه استفاد معه سائر الدائنين . ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع فى التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التى يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو فى ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصورى ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ — وجوه الخلاف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية فى العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

(١) إذا طعن الدائن فى العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه فى الحالة الأولى يستطيع اثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير . أما فى الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التى يستطيعها المدين، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرة جنيهات ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً [١] .

---

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة ٧٣٧— بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ =

(٢) وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس فى حاجة إلى إثبات إعسار المدين. أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسراً أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد.

(٣) إذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشترى أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر. أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ،كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذى تمسك بالعقد المستتر[١] .

ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية فى العقد الظاهر ، فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر[٢] .

= فقرة ٤٥٧ — والتون ٢ ص ١٤٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ .

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن إثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ — لاورمبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

(١) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — فقرة ٧٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٣١١— والتون ٢ ص ١٤٣— دى باج ٣ فقرة ٢٥٨— نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ .

هذا ، وفى غير المثل الذى نحن بصدده ، يلاحظ أيضاً أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التى يسقط بها الحق الذى يستعمله الدائن . أما فى المثل الذى نحن بصدده ، فإن الحق الذى يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التى يرفعها المدين ، وهذه أيضا — كدعوى الصورية التى يرفعها الدائن — لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ ص ٨٥٧) .

(٢) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ — فقرة ٧٦٦ .

الفصل الرابع

الحق فى الحبس*

(Droit de rétention)

تمهيد — تكييف الحق فى الحبس

٦٣٦ — كيف نشأ الحق فى الحبس : يرجع ذلك إلى عهد القانون الرومانى . فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الرومانى

---

* مراجع : رينو (Raynaud) فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — جونسكو (Jonesco) فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — پينو (Pinot) بحث فى إقامة نظرية فى حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — پوجوناتو (Poganato) فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — بوب (Bobes) تطبيقات فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ فى العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — بودرى ولوان (Loynes) جزء أول فى حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها — جيللوار (Guillouard) فى رهن الحيازة وحق الحبس — بيدان وفواران (Voirin) جزء ١٣ فقرة ٢٦٩ وما بعدها — كاپيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — دريدا (Derrida) بحث فى أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ — الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدها (دريدا) — مقال لسالى (Saleilles) فى الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٢—١٨٩٣) .

مراجع فى القانون المصرى : الأستاذ عبد السلام ذهنى فى التأمينات فقرة ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٢٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٥٨ — فقرة ١٧٢ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٢ — فقرة ١٤٨ — وانظر فى الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٣٥٣ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٣٧٧ — فقرة ٣٧٩ .

للحائز دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها (١). وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالاً على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً في العقود الملزمة للجانبين — إذ هي كلها عقود تنطوي على حسن النية (contrats de bonne foi) — وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) .

فنشأ الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً في القانون الروماني ، كلاهما يقوم على دفع بالغش . ولكن العلاقة فيما بينهما انفصمت في عصور القانون الفرنسي القديم ، عند ما اختفى الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق في الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقاً عينياً (٢) .

---

(١) ذلك أن الحائز — حسب قواعد القانون المدني العتيق — لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين ، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولا فضولياً إذ كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك . ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة ، فضمن دعوى الاسترداد دفعاً بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزماً برد العين قبل أن يستوفي ما أنفق من المصروفات .

(٢) وكان رجال القانون الكنسي هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (règle des corrélatifs) ، ورتبوا على هذا المبدأ أن أياً من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام . وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (postglossateurs) وبنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الإسم بعد أن نسبوها للقانون الروماني . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته فردوا النصوص الرومانية إلى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعينة التي وردت فيها هذه النصوص ، فضاعت وحدة النظرية ، وتفككت تطبيقاتها ، بل وانطمس اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان — في ملء الفراغ الذي خلفه تفكيك النظرية — بنظرية الفسخ التي اختفى وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التي انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقاً بالأعيان المادية واعتبر حقاً عينياً ، وكان يقول بعينيته كل من ديمولان وبوتييه (اسمان ٦ فقرة ٤٣٩ — بودري ولوان ١ فقرة ٢٢٨) .

وهذه الصورة الأخيرة هى التى انتقلت إلى التقنين المدنى الفرنسى .

٦٣٧ — الحق فى الحبس فى القانون المدنى الفرنسى : لم يضع التقنين المدنى الفرنسى نظرية عامة لا للحق فى الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد، واقتصر — متأثراً فى ذلك بالحالة التى كان عليها القانون الفرنسى القديم — على إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة[1] . وبقى الفقه الفرنسى، طوال القرن التاسع عشر ، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفى مفتتح القرن العشرين نقل سالى عن التقنين المدنى الألمانى النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزاً للفقه الفرنسى أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

وقام خلاف فى فرنسا هل الحق فى الحبس حق عينى ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك[2] ، ولكن الغالبية — لا سيما فى الفقه الفرنسى المعاصر — لم تر فيه حقاً عينياً[3] ، إذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق العينية ، فليس ينطوى على حق فى التقدم ولا على حق فى التتبع ولا هو خاضع لإجراءات الشهر[4] .

ومنذ أنكر على الحق فى الحبس أنه حق عينى ،كان الرأى الراجح فى القانون الفرنسى أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التى نص عليها التشريع ، وليست

---

(١) انظر مثلا المواد ٥٤٥ و٨٦٧ و١٦١٢ و١٦١٣ و١٦٧٣ و١٧٤٩ و١٩٤٨ و٢٢٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) انظر : كابرى (Cabrye) فى حق الحبس فقرة ٧٤ — جلاسون (Glasson) فى حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ — سيرفى (Surville) ٢ فقرة ١٥٤١ — بون (Pont) ١ فقرة ٢١ — فقرة ٢٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٨ — لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ — فقرة ١٤٧١ — قارن فى معنى الحق العينى : أنسيكلو بيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ .

(٤) إما أنه لا ينطوى على حق تقدم ، فنرى أن الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائنين . وأما أنه لا ينطوى على حق تتبع ، فلأن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه فى الحبس ولا يستطيع استرداده . ولم ينظم القانون إجراءات خاصة لشهر حقوق الحبس .

هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق فى الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس[1] .

ولا يكفى بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له فى الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذى عليه حتى يستوفى الحق الذى له . وهذا إنما يقع فى المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضى الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ[2] .

وإنما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق فى إحدى صورتين :

(١) إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشىء الواجب الأداء (debitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشىء الذى يجب عليه أداؤه حتى يستوفى الدين الذى نشأ بمناسبة هذا الشىء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التى ينفقها الحائز على العين التى فى حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذى يحدثه الشىء للحائز ، فى هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشىء محل الحيازة .

(٢) وإما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، وكالمشترى يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه[3] .

---

(١) بودرى ولوان ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ .

(٣) بلانيون وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

٦٣٨ – حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق : لم يكن هناك شك في أن حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقاً عينيا [١]، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة في هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس . وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولا الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عيني ، ثم تعقب بالدائنين ذوي الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنين ، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين الممتازين بسبب رهن حيازة أو حق من حقوق الامتياز ، فالدائنين « الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الأخر في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم». وإذا عرضت مناسبة ، في نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن « التعهد باعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس » . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهي تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على « أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد » .

ومذ جعل حق الحبس في هذا التقنين حقاً عينياً ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٧٣١/٦٠٥ من التقنين المدني السابق تجري على الوجه الآتي : « يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية ، فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون [٢] : أولا – للدائن الذي

---

(١) انظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

(٢) هذه الأحوال المخصوصة التي كان مصرحاً بها في التقنين المدني السابق هي : (١) حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م ٣٥٠/٢٧٩) . أما حق المشتري من حبس الثمن إذا حصل تعرض له في وضع يده على المبيع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (م ٤١١/٣٣١) =

له حق امتياز (١) . ثانياً — لمن أوجد تحسينا فى العين ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال (٢) . ثالثاً — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها(٣)».

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس فى التقنين المدنى السابق . فحق الحبس هو الحق العينى (٤) الذى يثبت لغير المالك

= فيستعصى فى التكييف أن يكون حقاً عينياً، لأن الثمن دين فى ذمة المشترى وليس بعين محبوسة، وهو قبل دفعه ملك للمشترى والشخص لا يكون له حق عينى على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقاً من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد . (ب) حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعاً يكون سبباً فى فسخ عقد الإيجار ، حتى يستوفى من المؤجر أو من المشترى التعويض الواجب له (م ٣٩٠ فقرة ٤٧٧/٢) . (ج) حق حافظ الوديعة فى حبس العين المودعة ، حتى يستوفى من المودع « المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التى نشأت له عنها » (م ٤٨٨ فقرة ٥٩٧/٢) .

وهناك نصوص أخرى ، فى غير التقنين المدنى ، تعطى للدائن حق الحبس : (أ) حق الوكيل بالعمولة فى حبس البضائع التى تحت يده (م ٨٥ تجارى) . (ب) حق القبودان فى حبس البضائع التى فى السفينة (م ١٢٥ بحرى) . (ج) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة فى حبس العقار ، حتى يستوفى من نازع الملكية التعويض المستحق له . انظر فى ذلك : الأستاذ صلاح الدين الناهى فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ هامش رقم ١ ؛ وفى القانون الفرنسى : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(١) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبنى على فكرة الرهن الضمنى ، فمن أنفق على شىء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه، وكان له أيضاً أن يحبسه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للميكانيكى الذى أصلح سيارة أن يحبسها حتى يستوفى أجرة إصلاحها (١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ ص ١٣٧ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) على أن الفقهاء عند تعرضهم للآثار التى تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف، فدفعهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عينى =

على الشيء الذى فى حيازته إلى حين استيفاء دينه بتمامه . ومصدره نص فى القانون، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس جديد غير مانص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق . فأركان حق الحبس إذن ثلاثة : (١) نص فى القانون ينشئه (٢) دين صحيح حال للحائز فى ذمة المدين (٣) شيء مملوك للمدين تحت حيازة الدائن . ولا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق فى الوقف . وقد يكون الشيء المحبوس مملوكاً لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن . ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانونى ، لا خلسة أو غشا أو إكراها . ولما كان حق الحبس حقاً عينياً ، فأنه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حق الحبس أن يتمسك بحقه فى مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص ، ولكنه إذا تخلى عن الحيازة اختياراً لم يجز له أن يستردها وفقد حقه فى الحبس . ويتضمن حق الحبس أيضاً حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقى الشيء فى حيازته حتى يستوفى الدين الذى له وبذلك يتقدم عمليا على غيره من الدائنين [١] . ولكن حق الحبس، بالرغم من عينيته ، لم يكن خاضعاً لإجراءات الشهر ، على خلاف فى الرأى[٢] .

= من نوع خاص (sui generis) (الأستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) . وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها إلى أن حق الحبس حق شخصى لا حق عينى ، وأنه لا يخول صاحبه مزية التتبع ، فإذا رفعت يد الوكيل عن عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التى أنفقها ، كان دينه ديناً عادياً (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى أن حق الحبس حق عينى : محكمة الأسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطى صاحبه لا حق التتبع ولا حق الأولوية ، وليس لصاحبه إلا رفض التسليم ، وإذا بيعت العين فلا يدخل فى التوزيع إلا كدائن عادى . ولكن من جهة أخرى فأن دائنى صاحب العين وخلفاءه لا يمكنهم رفع يد الحابس إلا بعد سداد المبالغ التى له ، وإذا بيعت العين لم يمكن المشترى تسلمها إلا إذا دفع الدين المطلوب عليها للحابس . فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العينى ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد ألا يسلم الشيء إلا إذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس الذى قد يكون للمقاول بالنسبة إلى

وقد حاول الفقه المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، أن يشكك فى عينية حق الحبس ، وأن يضع إلى جانب هذه العينية فكرة أن الحق فى الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ ، فهو ليس بحق عينى ولا بحق شخصى . ولكن صراحة النصوص فى التقنين المدنى السابق كانت قاطعة فى أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقا عينيا . فلم تكن هذه المحاولات الفقهية إلا بمثابة إرهاصات تؤذن بما يكون عليه المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدنى إلى الرجوع بالحق فى الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق ، فسار على هذا النهج التقنين المدنى الجديد[1] .

٦٣٩ — الحق فى الحبس فى التقنين المدنى المصرى الجديد : هجر التقنين المدنى الجديد نظرية التقنين المدنى السابق فى أن الحق فى الحبس حق عينى . وقد جارى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث فى الفقه والتشريع[2] ، وجعل من الحق فى الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، ولا تنحصر فى حالات معينة تتناثر فى النصوص المتفرقة . ذلك أن الحق فى

= ما صرفه على العمارة لا يقتضى حق التتبع ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، إلا إذا كان ناشئا عن امتياز مسجل تسجيلا صحيحاً (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨) . وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً عينياً ، لأن ما يترتب عليه من الآثار الفعلية يعادل تماماً ما يترتب من الآثار القانونية على الحقوق العينية ، أى حق التتبع والامتياز ، وعلى ذلك فلا ينشأ هذا الحق إلا بتسجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

(١) وكنا ممن ينتقد ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، عينية الحق فى الحبس التى اعتنقها هذا التقنين ، كاشفين عن حقيقته من أنه دفع لا حق (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١) . ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق فى الحبس دفعاً سارياً فى حقه دون أن يشهر ، ذلك أن الدائن ، إذا حبس عن مدينه ما عليه لهذا المدين حتى يستوفى حقه المرتبط بالدين المحبوس ، فأنه لا يثرى على حساب مدينه ، بل يتجنب أن يثرى المدين نفسه على حسابه هو (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩) .

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى (م ٢٧٣ — ٢٧٤ وم ٣٢٠ — ٣٢٢) والتقنين المدنى الأرجنتينى (م ٣٩٣٩ — ٣٩٤٦) . أما التقنين المدنى السويسرى (م ٨٩٥ — ٨٩٨) فيبدو أنه يعتبر حق الحبس حقاً عينياً (انظر بنوع خاص م ٨٩٨) . وانظر فى حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع عن الوفاء فى الفقه الإسلامى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها .

الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن إذا كان مدينا فى الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتمتد فى جذورها إلى أعماق التاريخ فقد كان القانون الرومانى كما قدمنا يعالج الحالات التى تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (excptio doli) .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملا فى المقاصة القانونية . فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه ، وتوافر فى الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه ؛ فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصا بقدر الأقل منهما(١) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك فى العقود الملزمة للجانبين . فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلا فى الجزء الأول من هذا الوسيط(٢) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فلحافظ الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفى ما فى ذمة

---

(١) وتختلف المقاصة عن الحبس فى أمرين : (أ) يشترط فى المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة إلى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة سبب لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، فهى وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين وأحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء (بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠ — جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ — الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٨) .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — وانظر أيضاً الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ — وقارن فى التمييز بين الحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد : كابيتان فى السبب فقرة ١٢٦ — دى باج ٢ فقرة ٨٧١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٢ وفقرة ٢٧ — فقرة ٣١ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

المودع من مصروفات أنفقت فى حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، مادامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين .

بل إن هنـاك ميلا عند بعض الفقهاء[١] للذهاب إلى مدى أبعد من هذا ، وإعطاء الحق فى الحبس للدائن ما دام مديناً لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذى نقف عنده لإعطاء الحق فى الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لا من طريق الحق فى الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولا) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنيه عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له فى ذمة دائنه ، ولو لم يوجـد أى ارتباط ما بين الدينين . فاذا كان المدين محقاً فى دعواه الفرعيـة ، أجرى القاضى مقاصـة قضائية ما بين الدينين . (ثانياً) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) ، فللدائن إذا كان فى الوقت ذاته مديناً لمدينه أن يحجز هذا الدين الذى عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أى ارتباط ، وإذا حكم القاضى بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين . فما يصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن إذا تطور الفكر القانونى أن يصل إليه عن طريق الحق فى الحبس ، إذا بلغ هذا الحق فى تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت فى أى دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة[٢] .

ونتبين من هذا التحليل طبيعة الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجـديد .

---

(١) انظر بنوع خاص كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص٩٣٦ هامش رقم ٣.

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١.

فليس هو بالحق العيني ، ولا بالحق الشخصي[1] . بل هو حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذى له فى ذمة دائنه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذى يعتبر فرعاً عنه[2] . وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدنى الجديد لكل دائن يكون مديناً فى الوقت ذاته لدائنه ، فيحبس الدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ومن ثم نقل الحق فى الحبس من المكان الذى كان له فى التقنين المدنى السابق إلى المكان الذى له الآن فى التقنين المدنى الجديد ، فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان ، إذ هو إحدى وسائل الضمان فى هذه الحالة الخاصة[3] ، وكما أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً أهمله المدين ، وفى الدعوى البولصية حقاً نقله المدين للغير غشاً ، وفى دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير ، فالدائن فى الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب فى ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة فى هذا التحوير الذى أتى به التقنين المدنى الجديد ، وانتقل بمقتضاه الحق فى الحبس من حق عينى إلى دفع بعدم التنفيذ . وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

(١) أصبح الحق فى الحبس غير مذكور على سبيل الحصر ، بل هو يمتد إلى « أحوال لا تتناهى[4] » ، إذ هو دفع وليس بحق عينى أو حق شخصى .

(٢) تزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة فى عهد التقنين السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق فى الحبس حقاً عينيا ، ومع ذلك فأن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائما للحقوق العينية لا يظهران فى وضوح مصاحبين لهذا الحق العينى .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ — وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يذهب إلى أن الحق فى الحبس حق شخصى يترتب فى ذمة المدين متعلقاً بالشىء المحبوس .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٧١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Réténtion فقرة ٦ .

(٣) قارب فى هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨ .

(٣) تنتهى بالتكييف الجديد مشكلة إجراءات الشهر ، فقد كان واجبا إذا كيف الحق فى الحبس بأنه حق عينى أن يكون خاضعا للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عينى ، ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

فالتكييف الصحيح للحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد إذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، يخول للدائن الذى يكون فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانونى[١].

ونبحث الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد ، وفقا للخطة التى سار عليها هذا التقنين ، من الوجوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدنى) . (ثانيا) ومن حيث الآثار التى تترتب عليه (م ٢٤٧ مدنى) . (ثالثا) ومن حيث انقضائه (م ٢٤٨ مدنى) .

الفرع الاول

نشوء الحق فى الحبس

٦٤٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ فى التقنين الحالى (السابق) : أنظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصرى (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقا فى الحبس . وعلى هذا النحو خرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادىء العامة ، وبذلك كفل له عموم التطبيق فى أحوال لا تتناهى . فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه فى الحبس ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجاء أيضا فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : «صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها . =

« ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .

« ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع »(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦٠٥/٧٣١ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدنى السابق بالتقنين المدنى الجديد فى هذا الموضوع .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٨٠—٢٨٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٤٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٧١—٢٧٢(٢) .

= ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التى يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحامى بذلك ما ينطوى فى ذاك البيان من إسراف فى الحرج والتضييق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظى . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق الحبس فى أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التى أخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هى نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدفة فى يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ص ٦٥١ — ص ٦٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٧ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٨٠ — ١ — للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدى المشترى جميع الثمن الحال . وللعامل أن يحبس الشيء الذى يعمل فيه إلى أن يستوفى الأجر المستحق ، سواء كان لعمله أثر فى هذا الشيء أو لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التى قررها القانون . ٢ — وفى كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده ، حتى يقبض البدل المستحق .

=

ويتبين من هذا النص أن للحق فى الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق فى الحبس

٦٤١ – شرطان لنشوء الحق فى الحبس : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قاعدة عامة يرد إليها جميع تطبيقات الحق فى الحبس . وهذا هو الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى، فقد كان حق الحبس فى التقنين المدنى السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر ، إذ كان يعتبر فى هذا التقنين حقاً عينياً .

= م ٢٨١ : يجوز لمن أنفق على ملك غيره، وهو فى يده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، أو أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ – لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به . ٢ – فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين فى الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص فى جملتها تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، وإن كان التقنين المدنى العراقى توخى أن يساير الفقه الإسلامى فى تطبيقاته المختلفة للحق فى الحبس ، ثم انتهى إلى وضع قاعدة عامة هى القاعدة التى أتى بها التقنين المصرى — انظر فى شرح هذه النصوص فى التقنين المدنى العراقى الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى التقنين المدنى العراقى ص ١١٠ — ص ١١٣) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهى بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذى ، ومنها أيضا طريقة التغريم (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أى حق كل شخص دائن ومديون معا فى معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . =

أما فى التقنين الجديد فلا تحصر حالات الحق فى الحبس ، ولكن تحصر الشروط التى إذا هى توافرت تنشىء الحق فى الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه حصر هذه الشروط فى شرطين اثنين :

(أولا) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين فى ذمة الأول للثانى ، ودين مقابل له فى ذمة الثانى للأول .

(ثانياً) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين .

ونستعرض كلا من هذين الشرطين .

٦٤٢ — الشرط الأول — دينان متقابلان : يجب أولا أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . فيقف الأول الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له .

أما الدين الذى فى ذمة الشخص الأول — وهو المحل الذى يقع عليه الحبس — فيصح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فأصبح مديناً

= م ٢٧٢ : إن حق الحبس لا ينحصر فى كل من كان دائنا ومديونا بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضاً فى كل حالة يكون فيها الدين متصلا بموضوعه ، أى حيث يكون التلازم موجودا بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذاك الموجب ، فهو أى حق الحبس يعود مثلا إلى واضع اليد أو المستثمر أو إلى محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تميز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى .

(وأحكام هذه النصوص تتفق فى جملتها مع أحكام نصوص التقنين المصرى ، فقد جعل التقنين اللبنانى من الحق فى الحبس نظرية عامة ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، ولم يجعله حقا عينيا ، وتناول به حالتى الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشيء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سببه إحراز الأشياء المفقودة أو المسروقة وإحراز الأشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى . وأورد تطبيقات مختلفة للحق فى الحبس نثرها فى نواح متفرقة : م ٤٨٣ و٥٧١ و٥٨٢ و٦٧٧ و٦٨٦ و٧١٨ و٧٥١ و٧٩٣ و٧٩٨ الخ الخ . انظر فى كل ذلك الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٤٦ — ص ٤٩) .

بتسليمها إلى المشترى ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفى الثمن [١] . ويصح أيضاً أن يكون الدين محله شيء غير معين بالذات، نقود أو أشياء مثلية، كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعاً عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفى ما أتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذى تعهد ألا يمنع جاره من المرور فى أرضه ، مقابل جعل معين، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفى جعله[٢].

---

(١) والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً ، منقولا أوعقاراً (استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ولا يرد الحبس على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلا لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولى أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفى أجره ، ولا لمتعهد الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة (بيدان وفواران فقرة ٢٧٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠) .

ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة — وهى ملكه ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر — حتى يستوفى الأجرة (أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٦ ص ٧٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ — قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٧ — الدكتور منصور مصطفى منصور فى نظرية الحلول العينى رسالة على الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(٢) كاسان ص ٤٨٥ — هذا والمادة ٨١٢ من التقنين المدنى تجعل لمالك الأرض المحبوسة حق المرور فى الأرض المجاورة نظير تعويض عادل ، فإذا امتنع من دفع هذا التعويض ، كان لمالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور .

ونرى مما تقدم أن نطاق الحق فى الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التى يجوز الامتناع عن تنفيذها ، ونص التقنين المدنى الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم « بأداء شيء » (tenue à une prestation) . ولفظ « شيء » ، الذى أريد به المعنى المقصود من لفظ (prestation) ، يتسع لكل التزام أيا كان محله ، ولو كان المحل امتناعاً عن عمل . فليس من الضرورى أن يحبس الدائن عيناً مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام بنقل حق عينى أو بعمل أو بامتناع عن عمل . وإذا كان التقنين المدنى الألمانى(م ٢٧٣) قد عرف الحق فى الحبس تعريفاً واسعاً قصد به أن يتناول الحبس كل التزام أيا كان محله، فلسنا نرى — خلافاً لما ذهب إليه الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) — أن التقنين المدنى المصرى الجديد قد تخلف عن التقنين المدنى الألمانى فى ذلك .

على أنه لايصح أن يكون محل الدين ملكاً عاماً ، استأجره شخص مثلا وأنفق عليه ويريد حبسه حتى يستوفى ما أنفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التى أعد لها هذا الملك [١]. كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه فى الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشىء عن صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلا للحجز عليه فى هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ من تقنين المرافعات من أنه لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، فلا يجوز لرب العمل ، بعد أن استحق العامل أجره ، أن يحبس أكثر من ربع هذا الأجر عنه حتى يستوفى منه التزاماً ترتب فى ذمته له . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها إلا فى دين من هذه الديون [٢].

ولا يشترط فى الدين — محل الحبس — أن يكون مصدره عقداً ، فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً فى القانون . فاذا تصادمت سيارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مديناً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية فى الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا ، جاز لمن كان الدين الذى عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع. وقد نصت الفقرة

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

وقد اختلف فى جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ، لأن الحبس حق مؤقت لايؤدى إلى بيع العين المحبوسة ، فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف أسيوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ — محكمة قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥) .

الأولى من المـادة ٩٢٤ مدنى على أنه « إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صـاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعـاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت .... » . ففى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزامه الإثراء بلا سبب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه لصاحب الأرض ، ومصـدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد إزالتها ، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . ونصت المادة ٩٢٨ مدنى على أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » . ففى هذه الصورة يلتزم صـاحب الأرض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مصدره نص فى القانون ، وذلك فى نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانونى من اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً من الأحكام التى قررناها ، وهو استثناء ورد فى آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فان هذا النص يجعل لحائز الشىء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على هذا الشىء « إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . فالتزام الحائز برد الشىء الذى حازه أو أحرزه قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضاً حبسه ، وذلك كالتزام من تسلم بحسن نية عيناً من غير حق فيلتزم بردها إلى صـاحبها وله أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره العمل غير المشروع ، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما إذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها

منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فانه لايجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ما أنفق عليها ما دام قد حازها بعمل غير مشروع . بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق (١) . لكن إذا حاز الشخص عيناً مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات(٢) .

---

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق فى الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر . فإن مضى هذه المدة إنما ينقضى بها حق الحائز الأصلى فى استرداد حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن لاينقضى بها حق الحائز الأصلى فى استرداد حيازته بدعوى الملكية إذا كان مالكاً ، وفى هذه الحالة لايجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فإن هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهما الأساس الذى يقوم عليه الحق فى الحبس (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ — وانظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) .

(٢) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٢ فقرة ثانية .

هذا ويشترط فى الحائز ، حتى يحبس الشيء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادى للشيء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف فى محل تجارى أن يحبس الخزانة المعهود بحفظها إليه حتى يستوفى أجره (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥١) . وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشيء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) . ويشترط أن يبقى الشيء فى يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فإذا خرج الشيء من يده بإرادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) . وقد يكون الدائن الحابس حائزاً للشيء بمقتضى أنه مالك له أو بمقتضى أنه يحوزه حيازة قانونية (possession) ، أو بمقتضى أنه يحرزه مجرد إحراز (détention) ، ويجب أن يكون الشيء المحبوس مستحق التسليم لمدين الحابس سواء كان هذا المدين يملكه أو كان هو صاحب الحق فى حيازته القانونية أو فى مجرد إحرازه للانتفاع به . فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه عن المستأجر ، ويجوز لحائز الشيء أن يحبسه عن مالكه ، ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة — وهى فى حرزه لافى حيازته — عمن آلت إليه ملكيتها حتى يستوفى حقه فى التعويض عند عدم نفاذ الإجارة فى حق المالك الجديد (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ — ص ٥٩٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأنه لايصح اعتبار المستأجر حائزاً للعقار بسبب صحيح يجعله فى حل من أن يصرف على العين مايشاء لتحسينها وصيانتها ، إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التى هى عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصى حقاً عينياً على العين المؤجرة بما =

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذى يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو ، فيجب أن يكون ديناً مدنياً حالا لم يتم تنفيذه . فاذا كان ديناً طبيعياً لم يجز الحبس من أجله ، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعى ، ولا جبر فى تنفيذه كما قدمنا(١) . وإن كان غير حال ، فلا معنى لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء هذا الدين الثانى ما دام استيفاؤه وقت الحبس ليس بواجب(٢) .

= يقوم بصرفه فى شؤون إصلاحها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المؤجر قد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المستأجر من الإضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للاضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) .

(١) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

(٢) فيشترط إذن أن يكون حق الدائن مستحق الأداء (انظر فى هذا المعنى وما يقوم عليه من مبررات الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩) . فإذا كان هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فإنه لا يخول الحق فى الحبس (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يشترط أن يكون مقدراً (liquide) ، فيثبت الحق فى الحبس إلى أن يتم تقديره والوفاء به ، وإذا كان ذلك مشترطا فى المقاصة القانونية فلأن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما فكان لا بد من أن يكونا مقدرين ، ولا حاجة إلى ذلك فى الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجه الضرورة فى أن يكون الدين مقدرا (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) . ويجوز للقاضى أن يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضى أن يقدر قيمة الحق مؤقتاً فينتهى الحبس إذا أودعت هذه القيمة المؤقتة خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقت الإشارة إليهما) . ويلاحظ الأستاذ سليمان مرقس أنه « إذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر فى حبس المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة لا تشترط أن تكون الأجرة حالة ، فما ذلك إلا لأن حق الحبس فى هذه الحالة متفرع عن حق امتياز المؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الأجرة ، ولأن استعمال المؤجر حقه فى الحبس ضرورى للمحافظة على امتيازه ، فلا بد من ثبوت الحق فى الحبس فى هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، أى من وقت العقد ، ولو كانت الأجرة غير مستحقة الأداء » (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) . =

ولكن الحق فى الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ الدين الثانى تنفيذا جزئيا (١) أو تنفيذاً معيباً ، فما لم يكن التنفيذ تنفيذا كاملا سليما جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب فى التنفيذ عيبا جديا ، وأن يكون الجزء الباقى بغير تنفيذ جزءاً غير تافه ، وإلا لم يجز الحبس . والقضاء رقيب على كل ذلك ، فاذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذى له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئى ، ومن ثم فقد استبقى حقه فى الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب فى التنفيذ أو تقدير ما بقى من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما إذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه فى الحبس .

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضى بأن يكون تنفيذ الالتزام الثانى تاليا لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الأول إلى حين تنفيذ الالتزام الثانى . فاذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم

= وغنى عن البيان أنه يجب أيضاً أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فإذا وقع نزاع جدى فى الحق الذى يدعيه ، لم يكن له الحق فى الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضاً يدعى أنه يستحقه ، إذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٥٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » فى الخارج لقاء مبلغ معين — ٧٥٠٠ جنيه — يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءاً — ١٠٠٠ جنيه — وتعهد بدفع جزء آخر — ٣٠٠٠ جنيه — فى مدى شهر من التوقيع على العقد ، بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء فى ميعاده يصبح المبلغ الذى دفع أولا حقاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد — أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه — وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فانه يكون للطاعنة — رغماً عن قبولها الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه — أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه — إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه — يصلح دفعاً لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هى فى حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠) .

يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين . وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقدم خدماته للنزيل قبل أن يستوفى الأجر ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفى أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه فى الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فان مثل هذا الأجل — وقد أعطى معونة للمدين — لايصح أن يكون سببا فى إسقاط حق دائنه فى الحبس[1] .

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عيناً أو ديناً أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصا فى القانون . وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك .

٦٤٣ — الشرط الثانى — قيام الارتباط مابين الدينين : ولا يكفى أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذى بسطناه ، بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط مابين هذين الدينين[2] .

والارتباط نوعان : ارتباط قانونى (connexité juridique) وارتباط مادى

---

(١) وكذلك إذا كان الدائن هو الذى تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدنى فى شأن المقاصة) . فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينزل عن حقه فى الحبس ، فعلى المدين يقع عبء إثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه النية عند الدائن (انظر مثلا المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدنى) ، فينتقل عندئذ عبء الإثبات إلى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تالياً أو معاصراً لحيازته للشيء المحبوس ، ولا يصح أن يكون سابقاً على الحيازة ، لأن الحق فى الحبس ضمان لايتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٨) .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — وفقرة ٤٤٩ بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٤ — ويذهب بودرى ودى لوان مع أوبرى ورو إلى أنه لايكفى قيام الارتباط مابين الدينين ، بل يجب أيضاً أن يكون بينهما أصل مشترك (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٤) . ولكن الرأى الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (تولييه ٣ فقرة ١٣٠ — ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — جيللوار فى حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ — فقرة ٢٥٠) .

أو موضوعى (connexité matérielle, objective) [١] .

فالارتباط القانونى هو الذى ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية[٢] . ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد ، مابين التزامين متبادلين فى عقد ملزم للجانبين . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية فى السبب . وعدم تنفيذ ى التزام منهما قد يؤدى إلى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للتعاقد الآخر ن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق فى الحبس فى صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد[٣] . ويبقى الارتباط قائماً على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وإن لم تكن العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية . وينبنى على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه[٤] .

---

(١) انظر فى الارتباط القانونى أو المعنوى والارتباط الموضوعى أو المادى : كاسان تعليقه فى سيريه ١٩٢١ — ٢ — ٢٥ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — بيدان وڤواران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٣٨ — فقرة ٤٢ (دريدا) — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٢ .

(٢) ولما كان الارتباط القانونى يتميز بهذه العلاقة التبادلية ، فقد كان الأفضل أن يطلق عليه « الارتباط التبادلى » .

(٣) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس . وقد حصر التقنين المدنى الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق فى الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قدمنا . وهناك اتجاه فى الفقه الفرنسى يرى ، على العكس من ذلك ، إلى التوسع فى الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملا لجميع صور الارتباط القانونى فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصوراً على صور الارتباط الموضوعى أو المادى (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤) . والتصوير الذى اختاره التقنين المدنى المصرى الجديد قريب من تصوير التقنين المدنى الالمانى ، فالمادة ٣٢٠ من التقنين الألمانى تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لاتقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعى (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٢) .

(٤) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تنص صراحة على الحق فى الحبس فى هذه الحالة ، إذ كانت تجيز لكل من الطرفين « أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد =

وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلا ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدى . فنى الفضالة — وهى ليست بعقد — التزامات الفضولى والتزامات رب العمل هى التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ، ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى التزامات الطرف الآخر (١) . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية . فنى عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها إلى المودع ، وقد يترتب فى ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة . فنى هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الوديعة فى ذمة حافظ الوديعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعويض عن الضرر فى ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يحبس التزامه برد الوديعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع . ويلاحظ هنا أمران : (أولهما) أن عقد الوديعة ليس مصدراً إلا لأحد الالتزامين المتقابلين وهو الالتزام بالرد فى ذمة حافظ الوديعة ، أما الالتزام الآخر — وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض — فمصدره الإثراء بلا سبب فى حالة المصروفات والعمل غير المشروع فى حالة التعويض. وهذا بخلاف العقد الملزم للجانبين ، فانه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، فى حالة الوديعة ، ما بين الالتزامين المشار إليهما ، مما حمل الفقهاء على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها الالتزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانونى (٢) . (والأمر الثانى) أنه إذا

= الآخر لم يرد إليه ماتسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حق الحبس» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو مجرد تطبيق للحق فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) .

(١) ومن العلاقات التبادلية التى لاتقوم على عقد أصلا علاقة الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولى أو الوصى أو القيم أن يرد للمحجور ماتحت يده من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد المصروفات (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٩ ص ١٩٣) .

(٢) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين فى العقد الملزم لجانب واحد محل النظر ، =

كان الارتباط هنا ارتباطاً قانونياً ، فهو أيضاً ارتباط موضوعى إذ نشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الوديعة ، كما سنرى فى الارتباط الموضوعى ، وننتقل الآن إليه(١) .

فالارتباط الموضوعى أو المادى ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية هى أن الشيء المحبوس—والالتزام برده هو أحد الدينين—قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به (à l'occasion et en connexité) (٢) الدين الآخر . فالحائز ، إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذى فى حيازته إلى المالك . وقد يصبح دائناً للمالك — بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية — بالمصروفات التى أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادى أو الموضوعى ما بين الدينين ، فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذى يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ،

= فلكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أى التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الآخر . والظاهر فى الارتباط هنا أن يكون ارتباطاً موضوعياً أو مادياً ، لا ارتباطاً قانونياً أو تبادلياً .

(١) والارتباط الموضوعى هنا أكثر وضوحاً وبروزاً من الارتباط القانونى كما سبق القول . انظر فى الأحوال التى يتحقق فيها الارتباط القانونى والارتباط المادى معاً : الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الأحوال حالتى الوكالة والمقاولة . ولكن يلاحظ أن كلا من هذين العقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاولة ، فالعلاقة التبادلية بارزة فى هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانونى أو التبادلى أكثر وضوحاً فيهما من الارتباط المادى أو الموضوعى .

(٢) هذه العبارة الفرنسية أدق فى أداء المعنى من العبارة التى وردت فى النص العربى للمادة ٢٤٦ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد وقد جاءت على الوجه الآتى : « ... ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به » . فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر . وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هى المستعملة فى المشروع التمهيدى نصه للفرنسى ، وبقى النص العربى للمشروع التمهيدى بعبارته غير الدقيقة ، التى انتقلت منه إلى النص النهائى للتقنين الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائى غير الدقيق إلى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة « à l'occasion » عبارة « ayant un rapport de causalité » ، وبذلك انتقل التحريف من النص العربى إلى النص الفرنسى ، وبعد أن كان النص العربى وحده هو المعيب ، شمل العيب كلا من النص العربى والنص الفرنسى (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) .

ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض (١) .

أما إذا لم يقم ما بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى ، فقد اختل الشرط الثانى للحق فى الحبس، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لايكفى لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قدمنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف (٢) ، وأن التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو الذى نقف عنده لإعطاء الدائن الحق فى الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) وللتمييز بين الارتباط القانونى والارتباط المادى أهمية من وجهين : (١) فى الارتباط المادى — فى صورة استرداد المصروفات — يحتج بالحق فى الحبس حتى على الغير الذى ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات، لأن المصروفات قد أفادت الشيء فى ذاته فأفادت تبعاً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما فى الارتباط القانونى وفى الصور الأخرى للارتباط المادى فلا يحتج بالحق فى الحبس على الغير الذى ثبت حقه قبل ثبوت هذا الحق . (٢) فى الارتباط المادى يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذى أنفقت عليه المصروفات أو نشأ منه الضرر . أما فى الارتباط القانونى فيشمل الحبس جميع الالتزامات التى على الدائن مادامت مرتبطة بالتزامات المدين، وقد أوردت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى — وهذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فى الحبس — تطبيقاً لهذا الحكم فى عقد المقاولة ، إذ نصت على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وإذا اجتمع النوعان من الارتباط كما فى الوديعة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند إلى الارتباط المادى ليحتج بحقه على الغير الذى ثبت حقه على الوديعة قبل إنفاق المصروفات ، وأن يستند إلى الارتباط القانونى ليحبس كل ما فى يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه .

انظر فى ذلك : كاسان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤١ .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان و دى لاموراندير . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بأنه لا يحتج بالمقاصة فى استرداد المالك لملكه إذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا فى استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص انما يستقيم إذا فهمت المقاصة على أنها الحق فى الحبس ، فلا يصح الحبس من المغتصب لملك الغير ولا ممن أؤتمن على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المغتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكه فوراً ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده . =

على أنه إذا لم يقم بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى على النحو الذى بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأى منهما أن يحبس ما فى ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فانه لا يسرى فى حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين ، فقد يخلق هذا الارتباط أيضاً نص فى القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجارى الألمانى والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى السويسرى بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين .

٦٤٤ — كيف يستعمل الدائن الحق فى الحبس عند توافر شرطيه :

واستعمال الدائن الحق فى الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضى إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء . بل أن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا ؛ وليس من الضرورى أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضاً حقيقياً ، وإنما يقتصر على وقف التنفيذ . فاذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . وإذا تعذرت معرفة من هو البادىء فى عدم التنفيذ جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بايداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين[1] .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه فى ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذاً كاملا أو نفذ تنفيذاً معيباً ،

= ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الغصب والوديعة والعارية — يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويكفى أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيهما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق فى الحبس (كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٢ — قارن أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٢٦) .

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ .

ثم يتبين أن الجزء الذى لم ينفذ تافه إلى حد لا يعتد به أو أن العيب فى التنفيذ أمر غير ذى خطر(١) . ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس ، إذا كان هو المتسبب بغشه أو باهماله فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما لا يصح للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس إذا كان هو البادىء فى عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما فى ذمته من التزام . كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النزاع مستحق الأداء حتى يستوفى منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينازع فى أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة فى الاشتراك هى محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها(٢) .

المبحث الثانى

تطبيقات على الحق فى الحبس

٦٤٥ — تطبيقات منصوص عليها فى القانون وتطبيقات غير منصوص عليها — ندرة التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدنى الجديد قاعدة عامة للحق فى الحبس على النحو الذى بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط فى إيراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافا للتقنين المدنى السابق الذى اعتبر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

ومع ذلك فقد أورد التقنين المدنى الجديد بعض تطبيقات فى نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق فى الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى الخاصة بالمادة ١٦١ مدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهامش رقم ٤ — نقض فرنسى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٥٨ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ فى الهامش .

وفى كل طائفة من هذه التطبيقات — المنصوص عليها وغير المنصوص — نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى ، وأخرى تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى[1] .

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها فى القانون

§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى

٦٤٦ — مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد : أهم النصوص التى تورد تطبيقاً للحق فى الحبس هو النص الذى يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من تطبيقات الحق فى الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين المدنى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به» .

وقد سبق أن تبسطنا فى شرح هذا المبدأ فى الجزء الأول من هذا الوسيط ، فنكتفى بالإحالة الى ذلك[2] ، وننتقل الآن الى النصوص التى وردت فى التقنين المدنى كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

٦٤٧ — حق البائع فى حبس المبيع : نصت المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على أنه « ١ — إذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع فى الحال ، للبائع

---

(١) انظر الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٤١ — فقرة ٣٢٣ (فى التطبيقات التى تقوم على الارتباط القانونى أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ — فقرة ٣٣٩ (فى التطبقات التى تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى) .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — وانظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ — ١٦ نوفبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع . ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ » . ونصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وفى هذه النصوص تطبيق هام للحق فى الحبس متمثلا فى الدفع بعدم تنفيذ العقد . فهناك دينان متقابلان تقابلا تبادليا ، دين البائع فى تسليم المبيع للمشترى ودين المشترى فى دفع الثمن للبائع . ودين المشترى دين حال — أو كان مؤجلا ثم سقط الأجل فأصبح حالا — فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وهذا بخلاف ما إذا كان الثمن حالا ثم منح البائع المشترى أجلا بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشترى هذا الأجل قد نزل عن حقه فى الحبس ، فيسقط حقه فى حبس المبيع ، إلا إذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو يقع عبء إثبات ما اشترط[1] .

وفى هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذى سنراه يقرره فى الحق فى الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشترى أن يسقط حق البائع فى حبس المبيع إذا هو قدم رهناً أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فان المبيع نفسه مثقل بامتياز للبائع ، فليس البائع فى حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو فى حاجة إلى استيفاء حقه .

ونرى أيضاً فى هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكماً من أحكام الحق فى الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشىء المحبوس فى يد الحابس ، فان كان الهلاك بفعله كان مسئولا عن التعويض ، وإن كان بسبب أجنبى فهو على المالك ، والمالك هو المشترى[2] .

٦٤٨ — حق المشترى فى حبس الثمن : نصت المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى على أنه « ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٢ فى الهامش .

(٢) ذلك أن الملكية قد انتقلت إلى المشترى بالبيع . فان كان المبيع عقاراً ولم يسجل عقد البيع ، فالمشترى وإن لم تنتقل إليه الملكية يعتبر فى حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه .

ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . ٢ — فاذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ، مالم يمنعه شرط فى العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيباً فى البيع » . وهذا تطبيق آخر للحق فى الحبس متمثلا فى الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشترى ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبي مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية ، أو يكشف عن عيب فى المبيع . فى كل هذه الأحوال يكون البائع ملزماً بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعوض عن العيب . فهذا دين فى ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطاً تبادلياً الدين الذى فى ذمة المشترى بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشترى أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع ، أى حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر أو يتقاضى المشترى تعويضاً عن العيب .

ويلاحظ هنا أن الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين فى ذمة الحابس نفسه يمتنع عن أدائه (١) .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع هنا رجع إلى تطبيق القواعد العامة فى الحبس ، عند ما أجاز للبائع أن يسقط حق المشترى فى حبس الثمن إذا هو قدم كفيلا .

٦٤٩ — حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة فى مواجهة كل من المؤجر والمشترى للعين : نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى على أنه « ١ — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً فى حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ . ٢ — فاذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » .

وهذا تطبيق ثالث للحق فى الحبس متمثلا أيضاً فى الدفع بعدم تنفيذ العقد . ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين إلى مشتر لا ينفذ الإيجار فى حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه . فهنا إذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنهما نشآ معاً من عقد الإيجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضاً للمستأجر لإخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر أو خلفه المشترى . فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى التعويض . وهذا الحق فى الحبس ليس نافذاً فحسب فى حق المؤجر ، بل هو نافذ أيضاً فى حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشترى للعين المؤجرة (١) . فيجوز إذن للمستأجر أن يبقى حابساً للعين المؤجرة حتى فى مواجهة المشترى ، إلى أن يستوفى التعويض إما من المؤجر ، وإما من المشترى نفسه نيابة عن المؤجر إذا أراد المشترى أن يتعجل تسلم العين التى اشتراها (٢) .

وهنا أيضاً يطبق المشرع القواعد العامة فى الحبس ، عندما يسقط حق المستأجر فى حبس العين إذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشترى ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

---

(١) ولكننا سنرى أن الحق فى الحبس لا يحتج به على الخلف الخاص إذا كان حق هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس . ولما كان المشترى للعين المؤجرة خلفاً خاصاً للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس — لأن حق المستأجر فى التعويض فالحبس لم يثبت إلا بعد فسخ الإيجار بالبيع ، فحق المشترى على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر فى الحبس — فقد كان الواجب ، طبقاً للقواعد العامة ، ألا يحتج المستأجر بحقه فى الحبس على المشترى ، وإنما يحتج به على المؤجر وحده . ولكن نصاً خاصاً فى القانون — المادة ٥٦٣ سالفة الذكر — هو الذى جعل الحق فى الحبس هنا نافذاً استثناء فى حق المشترى . ويذهب جوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) إلى أن الحق فى الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدماً على الحق فى الحبس، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة على المشترى مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

(٢) ويرجع المشترى على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، إذا كان لهذا الرجوع مقتض فى العلاقة ما بين المشترى والمؤجر .

٦٥٠ — حق المستأجر فى حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض بسبب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٠٨ من التقنين المدنى على أنه « ١ — إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلا . ٢ — فاذا كان المؤجر هو الذى يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كاف » . وهذا هو أيضاً تطبيق تشريعى للحق فى الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما : دين المؤجر فى إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر فى رد العين إلى المؤجر . فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى حقه فى التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق . وليس هذا إلا مجرد تطبيق لأحكام الحبس .

§ ٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٥١ — حق الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفق عليها من المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى، كما رأينا ، على ما يأتى : « ويكون ذلك (أى الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . وهذا هو التطبيق الرئيسى للحق فى الحبس القائم على الارتباط المادى أو الموضوعى .

ويجب الرجوع ، فى تحديد الدينين المتقابلين فى هذا التطبيق ، إلى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتى : « ١ — على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية . ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤و٩٢٥ » .

وهاتان المادتان المشار إليهما فى آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما إذا كان الحائز الذى أنفق مصروفات نافعة على العين التى حازها كان حسن النية ، أى كان يعتقد عند ما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سيء النية . فاذا كان حسن النية ، كان له أن ينزع ما أحدثه فى العين أو يبقيه ، ويخير المالك فى حالة الإبقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التى أنفقها أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدنى) . أما إذا كان سيء النية ، فللمالك أن يطلب إزالة ما أحدثه الحائز فى العين على نفقة الحائز مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخير فى هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدنى) . ونرى من ذلك أن الحائز[1]، إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعاً من المالك، سواء كان هو حسن النية أو سيئها . وإذا أنفق مصروفات نافعة ، فان كان حسن النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة فى ثمن العين بسببها. وإن كان سيء النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة فى ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث فى العين مستحق الإزالة . ففى جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر فى نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين[2] . ومصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون الإثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما فى حيازة الدائن المرتهن للعين التى ارتهنها رهن حيازة فانه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ،

---

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذى يضع يده على العين كالك (possesssur) ، والحرز الذى يحوز العين حيازة مادية (délenteur) دون أن يضع يده كالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة . وقد صرحت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بذلك حين قالت : « ... لحائز الشيء أو محرزه ... » .

(٢) هذا ما لم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تمليك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سيء النية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سيء النية نزع ما استحدثه ولم يختر المالك استبقاءه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالكها أو سرقها أو استولى عليها وهي ضائعة ، وقد يكون القانون كما فى حيازة الوصى لأعيان القاصر فانه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . فنى هذه الأحوال — عدا حالة ما إذا كان التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق فى الحبس ، إذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذى تقدم ذكره[1] .

وقد قام خلاف ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، فيما إذا كان الحائز سيء النية له الحق فى حبس العين[2] . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ،

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

(٢) وكان الرأى الراجح هو أن للحائز سيء النية الحق فى حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٦٤٩) . انظر عكس ذلك وأن الحائز سيء النية ليس له الحق فى الحبس : استئناف أسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما فى فرنسا فالفقه منقسم : فن الفقهاء من لا يجعل الحق فى الحبس إلا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سيء النية ، مترسماً فى ذلك أثر القانون الرومانى وتقاليد القانون الفرنسى القديم (توليبه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — ترولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيللوار فى حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق فى الحبس للحائز حسن النية وللحائز سيء النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لإثبات الحق فى الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلا مشتركاً للدينين ، لا يجوز استعمال الحق فى الحبس لا للحائز سيء النية ولا للحائز حسن النية (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة — لوران ٦ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودرى وشوفو فقرة ٣٦٧) . أما القضاء الفرنسى فينكر الحق فى الحبس على الحائز سيء النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يوليه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . وينتقد جوسران هذا القضاء ، فيقول : إما ألا يعطى الحائز سيء النية تعويضاً أصلا ، وإما أن يعطى تعويضاً فيكون له الحق فى الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس حتماً أن يكون الحائز سيء النية شخصاً فاسد الذمة ، فالمستأجر العين والشريك فى الشيوع كلاهما حائز سيء النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط هو هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

إذ أعطى الحق فى الحبس للحائز مطلقاً ، حسن النية كان أو سيء النية ، وإن يكن التعويض المستحق للحائز سيء النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذى تقدم بيانه .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : «فاذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة» . ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضاً . وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وإن تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضاً عما أحدثه من الضرر . وللمالك أن يلزمه بنزع ما استحدثه على نفقته ، مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتض . وللمالك أيضا أن يستبقى ما استحدثه الحائز ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمته مستحق الإزالة . ونرى — وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة — أن المالك إذا استبقى ما استحدثه الحائز فى مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة ، كان الارتباط المادى قائماً ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه . وليس هذا إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ ، وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب فى المصروفات الكمالية أن تنزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (1) .

---

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدنى على أنه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالى ليس هو نفسه الذى أنفق المصروفات ، بل الذى أنفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذى انتقلت منه إليه الحيازة ، فله أن يستردها — على النحو المبين فيما سلف — من المالك الحقيقى عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالى أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من المالك ، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ .

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدنى على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ...». فاذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد الدائن حقه فى حبس العين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا فى دين حال كما قدمنا . ويفارق التقسيط الممنوح من القاضى الأجل الذى يمنحه القاضى فى الحالات العادية (délai de grâce) — وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا — فى أن الغرض المقصود بالتقسيط هو ألا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة ، فقسط عليه التعويض تيسيراً له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حابساً له حتى يستوفى القسط الأخير . على أن النص يقضى بأن هذا التقسيط الذى يمنحه القاضى مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه إذا قدمت هذه الضمانات . فللمالك إذن أن يسترد ملكه من الحائز ، إما لأن الدين الذى فى ذمته غير حال ، وإما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ — حق صاحب العلو فى حبس السفل بعد أن يعيد بناءه :

وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التى أنفقت كانت ضرورية ، لا فى حفظ الشىء ، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : فى إنشاء الشىء مرة أخرى . فاذا كان هناك بناء ، له صاحب للعلو وصاحب للسفل ، وانهدم ، وجب أن يبدأ صاحب السفل فى إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فاذا امتنع صاحب السفل من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل ، وله أن يحبس السفل حتى يستوفى حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدنى على هذا الحكم فى العبارات الآتية : « ١ — إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فاذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. ٢ — وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى

والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » .

ويلاحظ أن الحق فى الحبس هنا قد يقترن ، باذن من القاضى ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفى حقه من ثمرتها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق فى الحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التى نحن بصددها .

المطلب الثانى

تطبيقات غير منصوص عليها فى القانون

٦٥٣ — تطبيقات تذكر لا على سبيل الحصر: ولما كانت القاعدة العامة فى الحبس الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قد أغنت المشرع فى التقنين المدنى الجديد عن الإكثار من إيراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التى أسلفنا ذكرها ، وترك الباقى للقاعدة العامة . فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص فيكتفى فيها باعمال القاعدة العامة ، وغنى عن البيان أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل الحصر ، إذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها ، ويكفى فيها تطبيق القاعدة العامة فى الحبس .

ونترك جانباً حق الحبس فى رهن الحيازة ، فهذا قد نظمه القانون [١] . وهو يختلف عن الحبس الذى نحن بصدده فى أنه يقترن بحق عينى هو حق الرهن ، ومكان دراسته فى الرهن الحيازى . كذلك نترك جانباً حقوق الامتياز التى تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقاً فى الحبس مصحوباً بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر [٢] وحق امتياز صاحب الفندق [٣] ، فهذه مكان دراستها فى حقوق الامتياز .

---

(١) انظر بنوع خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدنى .

(٢) انظر المادتين ٥٨٩ و١١٤٣ من التقنين المدنى .

(٣) انظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدنى .

ونميز هنا أيضاً ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى وتطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى .

§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى

٦٥٤ — حق المؤجر فى حبس العين المؤجرة وحق المستأجر فى حبس الأجرة : فى عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها(١) . وهذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أى للحق فى الحبس ، لم يرد فيه نص وليس فى حاجة إليه .

والذى يقف النظر عنده فى هذا التطبيق أن العين المحبوسة هى ملك للدائن الحابس ، فالمؤجر يحبس العين التى آجرها وهى فى الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقاً للحق فى الحبس ، يبدو غير مستقيم فى عهد التقنين المدنى السابق الذى كان يعد حق الحبس حقاً عينياً ، إذ المالك لا يكون له حق عينى على ملك نفسه غير حق الملكية(٢) . أما فى التقنين المدنى الجديد ، حيث الحق فى الحبس لا يعتبر حقاً عينياً بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، إذا لم يكن مشترطاً تعجيل الأجرة قبل تسليم العين .

٦٥٥ — حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة للتحسينات التى استحدثها : نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدنى على أنه «١ — إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات

---

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ (فى عهد التقنين المدنى السابق كتطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .

(٢) إلا فى حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) عندما يحل محل الدائن المرتهن فى العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه .

أو ما زاد فى قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض . ٣ — فاذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها» . فهذا النص يميز بين ما إذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته . ففى الحالة الأولى يخير المؤجر فى أن يدفع للمستأجر إما ما أنفقه هذا فى التحسينات وإما ما زاد فى قيمة العقار بسببها ، وللمستأجر ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى من المؤجر إحدى القيمتين المشار إليهما . وفى الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب إزالة التحسينات مع التعويض إن كان له مقتض ، وبين استبقاء هذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . فاذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد إحدى القيمتين إلى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى ما له فى ذمة المؤجر . فاذا نظر المؤجر إلى أجل ، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق فى حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال ، قياساً على ما قدمناه فى حالة ما إذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أقساط دورية وفقاً للمادة ٩٨٢[1] .

٦٥٦ — **حق المتقايض فى حبس ما قايض به**: فى عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الشىء الذى قايض به ، وتسرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مدنى) . فيجوز إذن لكل من المتقايضين ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ، أن يحبس الشىء الذى قايض به حتى يقبض الشىء الذى قايض عليه . ولما كانت أحكام البيع تسرى على المقايضة ، فان الأحكام المتعلقة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

بحبس البائع للمبيع ، وقد تقدم ذكرها، تنطبق هنا[١] .

٦٥٧ — حق الواهب فى حبس الهبة وحق الموهوب له فى حبس العوض: نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة » . فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذى فى ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من التزام .

٦٧٥ — حق المقاول فى حبس العمل وحق رب العمل فى حبس الأجرة : نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدنى على أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » . فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام المقاول بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز اذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[٢] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر[٣] .

---

(١) ويمكن القول بأن حق المتقايض فى حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع المبيع (م ٤٥٩ مدنى) ، إذ أن المادة ٤٨٥ مدنى تنص على أنه « تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قايض به ومشترياً للشيء الذى قايض عليه » .

(٢) وقد كان المشرع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة إليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتى : « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٦٤٣ فى الهامش) .

(٣) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

٦٥٩ — حق الموكل في حبس الأجرة والتعويض وحق الوكيل في حبس ما للموكل في ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدني على ما يأتي : «على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة». ونصت المادة ٧١١ على أن «يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً» . ونصت المادة ٧٠٦ على أنه «١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر» . فهذه التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً تبادلياً ومصدرها جميعاً عقد واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة[1] . فيجوز إذن ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[2] ، لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من المتعاقد الآخر[3] .

٦٦٠ — حق المستعير في حبس العارية وحق المعير في حبس ما في ذمته للمستعير : نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدني على أنه : «١ — إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على شيء أثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات . ٢ — أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيء النية» . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتي : «ولا ضمان عليه (على المعير) كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه، لزمه تعويض المستعير

---

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٩٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : «للوكيل الحق في حبس الأشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته» . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٣) انظر في عهد التقنين المدني السابق وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

عن كل ضرر يسببه ذلك » . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٢ على أنه « متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذى تسلمه بالحالة التى يكون عليها ، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف » . فهذه أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين فى النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[1] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفى ما فى ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

٦٦١ — حق حافظ الوديعة فى حبسها وحق المودع فى حبس ما فى ذمة حافظ الوديعة:

نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى : « على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشيء ، وعليه أن يعوضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة » . ونصت المادة ٧٢٢ على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » . فهنا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة. فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧٣ هامش رقم ١) .

٦٦٢ — الحبس في حالتي إبطال العقد أو فسخه : نصت المادة ١٤٢ من التقنين المدني على أنه « ١ — في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ — ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . ونصت المادة ١٦٠ على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . ففي جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ارتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص [1] ، أن يحبس ما في يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له في يد هذا الطرف [2] .

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة ٤٦٨ من التقنين المدني ، في بيع ملك الغير ، على أنه « إذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فيجوز إذن للمشترى أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفي هذا التعويض [3] . ونصت المادة ٥٠٣ ، في الهبة ، على أنه « ١ — يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ماتسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها تطبيق للقاعدة العامة في حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٢) انظر في عهد التقنين المدني السابق كتوسع في حق البائع في حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

(٣) على أن الحبس في هذه الحالة يكون في مواجهة البائع لملك الغير ، لا في مواجهة المالك الحقيقي . وكذلك إذا فسخ البيع فلا يكون الحبس لاسترداد الثمن إلا في مواجهة البائع ، وهذا يقتضي أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية إلى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن =

كأن لم تكن . ٢ — ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشىء الموهوب » . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع فى الهبة ، يلتزم برد الشىء الموهوب مع ثمراته ، ويلتزم الواهب برد المصروفات التى أنفقها الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين فى النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفقه من المصروفات .

٦٦٣ — **الحبس فى حالة الفضالة** : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به » . ونصت المادة ١٩٥ على أن « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولى ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية . فالفضولى يلتزم برد

= التسليم تجوزاً المشترى بحق حبس العقار المبيع إذا فسخ عقده حتى يستوفى ماقدمه من ثمن ، قياساً على حق البائع فى الحبس ، يجب ألا يخرج عن الحالة التى يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية إلى البائع ، فبذلك لا يكون ثمة شذوذ فى الأوضاع القانونية أو تناقض مع المنطق السليم ، بعكس ما إذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية إلى البائع ، وإلا أدى القول بذلك إلى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينزعه المشترى من المالك الحقيقى ويحبسه حتى يستوفى ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذى تقدمت الإشارة إليه فى الهامش السابق) .

وسنرى فيما يلى (انظر فقرة ٦٧٤ الهامش) أن المالك للعين المحبوسة لا يحتج عليه بالحبس إذا لم يكن هو المدين للحابس .

ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حساب عما قام به ، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولى عن التعهدات التى التزم بها وعن النفقات التى سوغتها الظروف وعن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من الطرف الآخر[1] .

§ ٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٦٤ — الحبس فى حالات الالتصاق : سبق الكلام فى حق الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات[2] . فاذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ إلى ٩٢٦ من التقنين المدنى ببيان الحكم فى ذلك ، مميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية . فاذا كان حسن النية ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وإذا كان الحائز سيء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، أو أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض . ففى الحالات التى يستبقى فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطاً مادياً ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التى اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ — هذا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والأوراق التى اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفى منه الثمن والعمولة (بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامى أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفى أتعابه ، بل ويجوز له ، وفقاً للقضاء الفرنسى ، أن يحبس أيضاً عن الموكل المستندات والأوراق الأصلية (نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ٤٠) . ولكن المادة ٢٩ من قانون المحاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) فى مصر لا تبيح للمحامى أن يحبس عن موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفى ماله من أتعاب . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة غير التى ذكرناها يرجع فيها إلى القاعدة العامة فى الحبس ، فنكتفى بما قدمناه .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق .

٦٦٥ — حبس المشترى للعين المؤجرة : نصت المادة ٩٤٦ من التقنين المدنى على أنه « ١ — إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ — وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أونفقات الغراس» . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المشترى بنى أو غرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، أو بعد إعلان هذه الرغبة . ففى الحالة الأولى يكون المشترى حسن النية ، فله الخيار فى أن يسترد من الشفيع إما المبلغ الذى أنفقه فعلا أو ما زاد فى قيمة العقار . وفى الحالة الثانية يكون المشترى سيء النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الإزالة ، وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك إذن التزامات متقابلة مترابطة ترابطاً مادياً ، فعلى المشترى أن يرد العين المشفوع فيها إلى الشفيع ، وعلى الشفيع أن يرد إلى المشترى فى مقابل البناء أو الغراس إحدى القيم السالفة الذكر . فيجوز إذن للمشترى ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة .

٦٦٦ — حق المشترى فى حبس المنقول المسروق أو الضائع : نصت المادة ٩٧٧ من التقنين المدنى على أنه «١ — يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ — فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له

الثمن الذى دفعه» . ويتبين من هذا النص أن من يشترى بحسن نية شيئا مسروقا أو ضائعا فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله لايلزم برد الشىء إلى مالكه إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشترى الثمن الذى دفعه . وليس بين المشترى والمالك أية علاقة غير حيازة المشترى للشىء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشترى دائنا باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشىء الذى يجب عليه أن يرده للمالك. ومن ثم وجد ارتباط مادى أو موضوعى ما بين التزام المشترى برد الشىء إلى المالك والتزام المالك برد الثمن إلى المشترى ، فيجوز إذن للمشترى ، طبقا لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[١] ، أن يحبس الشىء عن المالك حتى يسترد منه الثمن[٢] .

٦٦٧ – **حق المنتفع فى حبس العين** : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المدنى على أن «١ – المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة . ٢ – أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ماأنفقه فى ذلك . فان كان المنتفع هو الذى قام بالإنفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع» . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة فى العين المنتفع بها تكون على المالك لاعلى المنتفع ، فاذا قام المنتفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان متقابلان مترابطان ترابطا ماديا : التزام المنتفع برد العين المنتفع بها إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المنتفع فى التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمنتفع ، طبقا لقاعدة الحبس

---

(١) بل أن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشترى أن يطلب من المالك « أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . فتعجيل الثمن يفيد أن المشترى يؤخر تسليم الشىء حتى يستوفى الثمن (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك (١) .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الحق فى الحبس

٦٦٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » .

---

(١) انظر خلافاً فى الرأى فى فرنسا فى بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤١ . والقضاء فى فرنسا لا يسير فى حق الحبس إلى مداه المنطقى . فقد رأيناه ينكر هذا الحق على الحائز سيء النية (انظر آنفا فقرة ٦٥١ فى الهامش) . وهو ينكر أيضاً هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، إذا نزعت ملكيته ، ضماناً للمصروفات التى أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعوى الرهن (نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ – ١ – ١٦٨ – محكمة بوردو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٦ – ٢ – ٤٠٩ – ترولون ٣ فقرة ٨٣٦ – ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة – بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٣ هامش رقم ١ – كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ – وانظر عكس ذلك فى أن لحائز العقار المرهون الحق فى الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ – بيدان ١ فقرة ٢٥٠) . أما فى مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير » . ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى هذه الحقوق ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ – ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف فى فرنسا فى حق الوارث الظاهر فى أن يحبس ما فى يده من أعيان التركة إذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقى منه هذه الأعيان ، فللوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقى بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين ، وليس له هذا الحق عند الذين يشترطون فوق الارتباط الأصل المشترك (انظر فى هذه المسألة بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما فى مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق فى الحبس ، دون حاجة إلى نص خاص ، لقيام الارتباط المادى ما بين الدينين .

«٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته» .

«٣ — وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه»(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها فى جملتها دون نص ، إلا مايتعلق بالفقرة الثالثة التى تنص على حالة من أحوال الحلول العينى ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص فى عهد التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٨ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ٢٧٤(٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — ليس لمن حبس شيئاً وفقاً للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن رهن حيازة . ٢ — إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للاجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه» . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد فى المشروع التمهيدى يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر فى حق الدائن المرتهن حيازة ، وقد رؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص إلى جانب ذلك تعديلا لفظياً جعله أدق فى أداء المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٢٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٨ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٣ (متفقة فى الحكم مع نص التقنين المدنى المصرى ، ولا يوجد إلا بعض خلاف لفظى — وانظر فى شرح المادة الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٤) .

التقنين المدنى للملكة الليبية المتحدة م ٢٥٠ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٤ : « أن حق الحبس ، مع مراعاة الحالة الخاصة =

والنص الذى نحن بصدده ، وكذلك النص التالى الذى يبين أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، إنما يعرضان للحالة التى تحبس فيها عين معينة بالذات فى دين مرتبط بها ارتباطا قانونيا أو ارتباطا ماديا . أما إذا كان الشىء المحبوس ليس عينا معينة بالذات ، فقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد هى التى تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها فى الجزء الأول من هذا الوسيط[1] . ونقتصر هنا على الحالة التى يكون فيها الشىء المحبوس عينا معينة بالذات . فالحابس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، نتولى الآن بسطها .

المبحث الأول

حقوق الحابس للعين

٦٦٩ — علاقة الحابس بالمالك وعلاقته بالغير : نميز — فى بسط حقوق الحابس للعين — بين علاقة الحابس بمالك العين وهو عادة المدين الذى تحبس العين فى دينه ، وعلاقة الحابس بالغير .

المطلب الأول

علاقة حابس العين بمالكها

٦٧٠ — حبس العين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق فى حبس العين ، أصبح للدائن الحق فى حبس هذه العين عن

= المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين إذا نزعت خفية أو بالعنف) ، لا يمنع صاحبه حق التتبع ولا حق الأفضلية ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحابس يحق له أن يرفض التخلى عن الشىء أية كانت شخصية المعارض » . (ويتفق التقنين اللبنانى مع التقنين المصرى فى الحكم ، وإن اختلف فى اللفظ — انظر فى هذا المعنى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥١ — ص ٥٢) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ .

مالكها(١) ، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما فى ذمته من الدين للحائز .

وتبقى العين محبوسة فى يد الحائز حتى يستوفى هذا كل حقه(٢) . فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك جميع الحقوق التى قررها له القانون والتى سبق بيانها (م ٩٨٠ مدنى) . ذلك أن الحق فى حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible)(٣) ، شأنه فى ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفى الحائز جزءاً من الدين ، فان الحائز يبقى حابسا للعين كلها حتى يستوفى الباقى بأكمله(٤) ، ولو أن الدين الذى فى ذمة المالك انقسم على ورثته بعد موته — وهذا لا يقع فى

---

(١) وذلك دون حاجة إلى حكم أو حتى إلى إعذار كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٦٤٤ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليـه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك فى التقسيط وبأحقيته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) .

(٢) أو يعرضه المدين عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم بصحته (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) . ولا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن فى خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) . على أنه إذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار ، جاز للمدين أن يطلب من القاضى الإذن له فى إيداع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، يقدره القاضى ، على ذمة الدائن يفى بحقه عند تقديره ، ويكون للمدين بعد الإيداع إجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ — وانظر آنفا فقرة ٦٤٢ فى الهامش) .

(٣) بودرى ودى‌لوان ١ فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦ — ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل . وصنع بعضها وسلمه إليه قبل أن يتسلم أجره ، =

الفقه الإسلامى وإنما يقع فى القانون الفرنسى – فان الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه فى الدين . على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس ، فلو أن الباقى من الدين كان جزءاً قليلا تافها ، كان من التعسف كما قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها فى هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقى من الدين[1] .

وما ذكرناه فى حق المالك يسرى فى حق ورثته ، فللحائز حبس العين فى مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفى كل حقه[2] . وكذلك ينتقل الحق فى الحبس من الحائز إلى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين إلى أن يستوفوا حقهم الذى انتقل إليهم من مورثهم .

٦٧١ – لا يعطى الحبس بمجرده حق امتياز للحابس : على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن « مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه[3] » .

= فإن له أن يحبس الباقى حتى يستوفى كل الأجر ، ويدخل فى ذلك الأجر عن الجزء الذى سبق له تسليمه (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ — ١٦٣ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) .

(١) انظر آنفا فقرة ٦٤٤ — ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة إذا كان واضحا أن الباقى من الدين جزء تافه لا يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحا أن الدين الذى حبست العين فيه ليس بجدى ، أن يقضى برد العين إلى صاحبها (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) . ويجوز أيضا ، إذا تيسر ذلك ، أن يستبقى الحائز جزءاً من العين يتناسب مع الجزء الباقى من الدين محبوسا فى يده . ويجب على كل حال التفريق بين الالتزامات الأساسية التى كانت سبباً حافزاً للتعاقد وهذه هى التى يجوز الحبس من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وهذه لامحل للحبس فيها ، فإذا تعهد المؤجر بحرث الأرض ولم ينفذ تعهده ، لم يجز للمستأجر الامتناع عن سداد الإيجار (الفيوم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٤ ص ١١١٨) . وتقضى المحاكم فى فرنسا بأن المهندس أو المحامى الذى يحبس مستندات لعميله ، ويكون من الضرورى تقديم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل ، يلزم بتسليم هذه المستندات إلى أمين يستخدمها لمصلحة العميل، ثم يردها ثانية إلى من تسلمها منه (نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦—١—٩— ٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤—١—٧٥ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ وهامش رقم ٥) .

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

وهذا هو الجوهرى فى الحبس ، فهو ليس بحق عينى كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقاً عينيا – كما كان فعلا فى التقنين المدنى السابق – فانه بمجرده لا يجعل للحابس حق امتياز[١] . ويترتب على ذلك أن الحابس إذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فانما ينفذ عليها كدائن عادى لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين فى الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبراً فى دينه ، فقد نزل عن حقه فى الحبس ، لأنه لا يستطيع – وهو الذى طلب البيع – أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذى رسا به المزاد يستوفى منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذى له[٢] .

ولكن إذا بقى الحائز حابسا للعين ، ولم ينفذ عليها ، فان حقه فى الحبس يبقى قائما ، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزاد . ففى جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز فى حبس العين قائما فى مواجهة المشترى من المالك أو فى مواجهة الراسى عليه المزاد[٣] ، على تفصيل سيأتى بيانه عند الكلام فى علاقة الحابس بالغير . ولا يبقى إلا توفية الحابس حقه كاملا إذا لم يكن هو الذى نفذ على العين ، وينتهى الحق فى الحبس فى هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التى ينتهى إليها حق الامتياز[٤] .

---

(١) ولكن يلاحظ أنه من الجائز أن يكون الدين الذى حبست فيه العين له أيضا حق امتياز بموجب القانون ، كما هى الحال فى امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى) ، وكما هى الحال فى امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو ترميمها أو فى صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) . ففى مثل هذه الأحوال يتقدم الحابس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه فى حبس العين ، بل بمقتضى ما أثبته له القانون من حق الامتياز .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ .

(٣) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) — وقارن : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ . وانظر : الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ .

(٤) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم =

٦٧٢ — حبس الثمرات : وإذا كانت العين المحبوسة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للحائز إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها فى ذلك شأن العين نفسها[١] . وسنرى فى واجبات الحابس أنه لا يلتزم باستغلال العين إلا إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة . فاذا باع الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حقه فى حبسها ، كما رأيناه يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين .

ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضى فى بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابساً له حتى يستوفى حقه[٢] . ولكن لا يتقدم فى هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء إذا أراد التنفيذ عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفى هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء ، وبين أن يبيع الثمرات باذن من القاضى لأنها معرضة للتلف وفى هذه الحالة يبقى حابساً للثمن الذى يقوم مقام الثمرات ، فاذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس فى يده زاحمه الغرماء[٣] .

= السابق الإشارة إليه) — استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ ص ٢٠٦ .

فالحبس إذن حالة موقتة تنتهى أما إلى إذعان المدين ودفعه الدين كاملا للحابس ، وأما إلى تخلى الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المحبوسة . وقد تنتهى إلى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هى حالة نهائية لا موقتة . وقد يتخلف عن الحبس أثر دائم كما فى العقد الزمنى أو المستمر (contrat successif) ، فإن شركة النور مثلا إذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا أثر دائم لا سبيل إلى الرجوع فيه (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢) .

(١) وتبقى الثمرات والغلة ملكاً لصاحب العين ، ولا يحرم هذا إلا من حق الاستعمال لأنه يتعارض مع الحق فى الحبس . وتعتبر العين وغلتها داخلة فى الضمان العام لدائنى المالك ، فيجوز ، كما قدمنا ، لأى دائن التنفيذ بحقه عليها ، بشرط ألا يخل بالحق فى الحبس (بيدان وفواران فقرة ٢٨٢ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ — ص ٦٠٠) .

(٢) قياساً على بيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتى (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩) .

(٣) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثماراً كاملا ، وما يحصل عليه من صافى الريع يخصم من الدين المضمون بالرهن

المطلب الثانى

علاقة حابس العين بالغير

٦٧٣ — الدائنون العاديون : رأينا فيما قدمنا أن ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس فى حقهم كما كان يسرى فى حق المالك مورثهم . أما الدائنون العاديون للمالك فهؤلاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس فى حقهم أيضاً كما يسرى فى حق المالك . فلو أن دائناً عادية للمالك — أياكان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق فى الحبس أو متقدما على هذا التاريخ[١] — أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبراً فان الحائز يستبقى حقه فى الحبس فى مواجهة هذا الدائن وفى مواجهة المشترى الراسى عليه المزاد — وهو أيضا يعتبر من الغير — إلى أن يستوفى حقه كاملا[٢] . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق فى الحبس أهميته ، إذ كان أى دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبراً فيفقد الحابس حقه فى الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق فى الحبس فى مواجهة الدائن العادى . وقد يؤدى ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنا ، إلى أن يستوفى الحائز حقه كاملا قبل سائر الدائنين[٣] ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أى امتياز على العين المحبوسة .

= ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشىء وفى الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدنى) .

(١) حتى لو شهر إفلاس المالك ومثل السنديك الدائنين ، فإن الحق فى الحبس يكون نافذاً فى مواجهة الدائنين والسنديك الذى يمثلهم (انظر المادة ٤٥٩ فقرة ٢ مدنى ، وهى تنص على حق البائع فى حبس المبيع ، ولو لم يحل لأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل بسبب شهر إفلاسه أو إعساره . فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائنى تفليسة المشترى : الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — ص ١٦٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٥ .

٦٧٤ — الخلف الخاص : وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة من المالك ، أو انتقل إليه منه حق عينى على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك فى التصرف فى ملكه فله أن يبيع العين وهى محبوسة فى يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فاذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فان المشترى من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فان كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس العين ، لم يسر هذا الحق فى مواجهتهم ، فان حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين . وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين [1] ، فان هذه الحقوق العينية لا تنفذ فى حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشترى أو الدائن أو أى صاحب حق عينى آخر . ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى فى حق هؤلاء فى هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عينى عليها ، فيسقط الحبس فى حق من تصرف له المالك .

أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فان الحق فى الحبس يسرى فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية فى المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف [2] .

---

(١) ولا يشترط أن يكون السند المنشىء للحق فى حبس العقار مسجلا (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ — عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ — الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ — =

بقى أن يكون سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العين . ففى هذه الحالة وحدها يسرى الحق فى الحبس على الخلف الخاص دائماً ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقاراً ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شهر بعد ثبوت الحق فى الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إنفاق المصروفات على العين قد أفادها فى ذاتها ، فأفاد تبعاً لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتاً قبل إنفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سيىء النية (٢) .

المبحث الثانى

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ — واجبات ثلاثة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ تقول : «وعلى الحابس أن يحافظ على الشىء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن

= وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ .
وقارن أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير إطلاقاً ، ولو كسبوا حقوقاً شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات (فقرة ٤١٨ — فقرة ٤٢٢) ويذهب إلى أن الحق فى الحبس يحتج به على الغير إطلاقاً ، ولا يستثنى إلا حالة ما إذا كان الحق فى الحبس متفرعاً من رهن حيازى القيد على عقار وبيع العقار جبراً ، فحينئذ لا يحتج بالحق فى الحبس على الراسى عليه المزاد .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وراسان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ . وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ فى الهامش .
هذا وهناك « غير » لا يسرى عليه الحق فى الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة إذا لم يكن هو المدين للحابس . فإذا باع شخص ملك غيره وقبض الثمن ، ثم أبطل المشترى المبيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن إلا فى مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يحبس المبيع فى مواجهة المالك الحقيقى وهو غير مدين له بشىء (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ — وانظر آنفاً فقرة ٦٦٢ فى الهامش) . كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بماله من حق فى ذمة المقاول الأصلى ، ما دام المالك ليس مديناً لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلى (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١) .

يقدم حساباً عن غلته » . فهناك إذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق فى الحبس .

٦٧٦ — المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة فى هذه المسألة مبسوطة فى المادة ١١٠٣ ، وهى تنص على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لايد له فيه » . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله فى المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعى لاذاتى . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا — على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين — هو التزام بتحقيق غاية لاالتزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، إذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو لتلف ، عن التعويض ، مالم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبى(١) .

والذى يعنينا هنا هوالالتزام بالمحافظةعلىالعين لا الالتزام بالرد . فالحابس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة ، والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هى عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هى حبس العين .

فاذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزماً بالتعويض . ويعتبر مقصراً لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لولم ينزل عن العناية التى يبذلها هو فى حفظ ماله . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو داراً ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال والتقصير ، وترك

---

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات العينية ص ٤١٠ — ص ٤١١ وص ٦٠١ ، وفى عقد الإيجار طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٣ — وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى فقرة ١٥٣ — فقرة ١٥٤ .

السيارة دون صيانة حتى أصيبت بتلف فى بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذا الإهمال فى صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لاعنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لايأتى مثل هذا الإهمال . فاذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة فى يده ، وثبت أن الحابس يبذل فى المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية فى المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله [1] .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على إجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة ، فقضت بأنه «إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه» [2] . وهذا الإجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروبا مما يسرع إليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن فى بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى — قياسا على ما جاء فى المادة ١١١٩ المشار إليها فى النص — أن لكل من الحائز والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة فى هذه الحالة ، بل أن الحائز يجب عليه ، إذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ، وإلا كان مقصرا فى المحافظة على الشيء ، فان هذا الإجراء هو ما يبادر إليه

---

(١) وعبء الإثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن فى هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت . فإذا ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فإذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل فى المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو أن التعيب يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . انظر فى عبء إثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

الرجل المعتاد فى المحافظة على ماله . وأكثر ما يتحقق ذلك فى المنقول ، فان العقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . وإجراءات البيع هى المذكورة فى المادة ١١١٩ ، فى رهن المنقول رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتى : «١ — إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق . ٢ — ويفصل القاضى فى أمر إيداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه» . والإذن يكون أمرا على عريضة تتبع فيه الإجراءات المقررة فى مثل هذه الأوامر . ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد العلنى وفقاً للإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية ، فاذا كان للعين سعر معروف فى البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة إلى إجراءات المزاد العلنى . ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين فى هذه الحالة تنفيذا على العين ، وإلا لفقد حقه فى الحبس كما قدمنا . وإنما يعتبر هذا الإجراء إجراء ضرورياً للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه فى الحبس ، ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ . وهذا معناه أن الثمن يحل حلولا عينياً محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العينى نص عليها القانون . ويعين القاضى الجهة التى يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين[1] .

٦٧٧ — تقديم الحساب عن الغلة : فى رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : «١ — ليس للدائن

---

(١) وهناك واجب آخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، إذ يترتب على ذلك أنه يكون مسئولا عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الأشياء (دريدا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦١ ص ٧٠٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ – وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ما لم يتفق على غير ذلك . ٣– وماحصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين » .

وقد رأينا أن الحابس ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفى حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . وكما أن الحابس ليس له أن يتملك الثمرات خصماً من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢٤٧ يجرى على الوجه الآتى : «... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن حيازة . » وفى لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاماً فى ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر فى شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعدل النص على الوجه الآتى : «وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته[(١)]» . فلم يرتب النص فى شأن الغلة إلا التزاماً بتقديم الحساب ، ولم يجعله خاضعاً لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام فى ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضى بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حساباً عنها للمالك[(٢)] . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحاً ، فعلى الحابس أن يستمر فى زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥ — وانظر آنفاً فى تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه فى فقرة ٦٦٨ فى الهامش .

(٢) نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حساباً عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق فى الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذى قدمناه(١) .

٦٧٨ — **رد العين المحبوسة** : ويلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق فى الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما فى حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن ، فاذا ما استوفاه انقضى حقه فى الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشترى ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضاً مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفى حقه فى التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها ، ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب . وأياً كانت علاقة المالك بالحابس ، فان المالك يستطيع دائماً ، باعتباره مالكاً ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق فى الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق فى الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، فالحبس مجرداً واقعة مادية لا ترتب التزاماً على الحابس برد العين إلى صاحبها . ولكن إذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذى كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد فى ذمة الحابس وفقاً للعلاقة القانونية التى كانت تربطه بالدائن قبل الحبس .

ومن هنا تتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . فى رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك

---

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

والتلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصدره العقد . أما الحابس فيرجع التزامه بالرد إلى العلاقة التي كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول ، وهذه العلاقة هي التي تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يحمل تبعة الهلاك وما إلى ذلك ، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة في التزام الحابس بالرد[1] .

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحبس

٦٧٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه » .

« ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه[2] » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً

---

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — ينقضي الحق في الحبس بفقد الحيازة . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة ، إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته» . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة «بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه» بعبارة «بفقد الحيازة» حتى يكون النص أدق تعبيراً عن المعنى ، ووضع حد زمني ينقضي حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الأجل بسنة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — ص ٦٥٧) .

للقواعد العامة ، والذى زاده نص التقنين الجديد أنه نظم المواعيد التى يجوز استرداد الحيازة فيها(١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٣(٢) .

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيما خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى ، وانقضائه بطريق أصلى .

المبحث الأول

انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى

٦٨٠ — انقضاء الحق فى الحبس بانقضاء الحق المضمون به : الحق فى الحبس إنما شرع لتأمين حق للحابس فى ذمة مالك العين المحبوسة . فاذا انقضى حق الحابس فى ذمة المالك ، انقضى الحق فى الحبس تبعاً لذلك . وهذا هو الانقضاء

(١) والعبرة فى تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذى خرج فيه الشىء المحبوس من يد الحابس ، فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذى يطبق ، وإلا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٩ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٤ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى . وانظر فى شرح النص الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٥) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٥١ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٣ : « إن حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه مبنى عليه . وإنما يحق للدائن إذا انتزع منه الشىء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب فى خلال ثلاثين يوماً تبتدىء من تاريخ علمه بذلك الانتزاع » . (وهذا النص مطابق فى الحكم لنص التقنين المدنى المصرى فيما عدا ميعاد السنة الذى لم يرد فى =

بطريق تبعي . مثل ذلك أن يستوفى الحابس المصروفات التى أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة فى يده ، ويجب أن يردها للمالك [١] .

وينقضى حق الحابس فى ذمة المالك بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام. فقد ينقضى بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . وينقضى أيضاً بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضى أخيراً من غير وفاء أصلا ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .

فاذا انقضى حق الحابس فى ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق فى الحبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقى جزء منه ، فان العين تبقى محبوسة فى هذا الباقى[٢] . وقد قدمنا أن الحق فى الحبس غير قابل للتجزئة[٣] .

٦٨١ — عدم الانقضاء بالتقادم : ويلاحظ أن الحق الذى للحابس فى ذمة المالك ، ما دامت العين محبوسة فى هذا الحق ، لا يتقادم ، إذ

= نص التقنين اللبنانى ، ويذهب الدكتور صبحى المحمصانى إلى أن هذا الميعاد هو أيضاً موافق للمبدأ الوارد فى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا فى خلال سنة تبتدىء من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف : أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٠) .

(١) وقد رأينا (انظر فقرة ٦٧٠ فى الهامش) أن الحق فى الحبس لا ينقضى بإيداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (انظر فقرة ٦٤٢ فى الهامش) إذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، ويقوم الإيداع فى هذه الحالة مقام الوفاء من حيث إنهاء الحق فى الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير أتعاب الحارس القضائى مؤقتاً وإيداعها خزانة المحكمة ، فينقضى بذلك حق الحارس فى حبس الأعيان ، وهذا مالم تكن هذه الأعيان قد وضعت تحت الحراسة بإجراءات غير قانونية ، كما لو أدرجت أعيان موقوفة خطأ ضمن الأعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائى حق حبس بالنسبة إلى الأعيان الموقوفة التى أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٧٠ . وانظر فى انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٣٦ .

حبس العين فيه يمنع من تقادمه . والحق فى الحبس نفسه لايزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لايتصور فيها التقادم . ومن ثم لايمكن انقضاء الحق فى الحبس بالتقادم ، لابتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به[1] .

المبحث الثانى

انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى

٦٨٢ — أسباب الانقضاء بطريق أصلى : وقد ينقضى الحق فى الحبس وحده — دون الحق المضمون به — بطريق أصلى . ويتحقق ذلك فى الأحوال الآتية :

(أولا) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدنى) .

(ثانياً) هلاك العين المحبوسة .

(ثالثاً) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعاً) نزول الحابس عن حقه فى الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحابس طوعاً وهذه هى الحالة التى عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدنى .

٦٨٣ — تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى منصوص عليه صراحة فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى ، فقد جاء فى هذا النص أن الحبس يكون جائزاً «ما دام الدائن (أى مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ — جيللوار فى حق الحبس فقرة ١٢٢ — بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٠ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧١ .

للوفاء بالتزامه هذا» . وذلك أن الغرض من الحق فى الحبس هو تأمين الحابس على حقه فى ذمة المالك ، فاذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافياً — كفالة أو رهنا أو نحو ذلك[1] — لم يعد هناك مقتض للاستمرار فى حبس العين . والقاضى هو الذى يبت فيما إذا كان التأمين الذى يقدمه المالك كافياً ، عند الخلاف فى ذلك[2] .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء . من ذلك مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى ، فى صدد حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لايجبر «على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض» . ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، فى صدد جواز تقسيط ما يترتب فى ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن للقاضى «أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة» . ومن ذلك أخيرا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ ، فى صدد حق المشترى فى حبس الثمن ، من أنه «إذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض

---

(١) والتقنين المدنى الألمانى (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) فى الدفع بعدم تنفيذ العقد تقديم أى تأمين ولو كان تأميناً عينياً . ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهى إلى أن سكوت المشرع المصرى عن جواز تقديم تأمين فى الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز فى الحق فى الحبس كان متعمدا ، فلا يجوز فى الأول ما يجوز فى الثانى . ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببى بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم إلا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه إلا إذا تحقق سببه بأن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلا ، على عكس الحال فى صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٤٥ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ — قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ .

أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا» .

على أن هنـاك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق فى الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هى حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على أنه « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، هذا مالم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع » . فى هذه الحالة وحدها لا ينقضى الحق فى الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القـاعدة العامة التى بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البـائع ليس فى حاجة إلى تأمين فان له حق امتياز على المبيع ، وإنما هو فى حاجة إلى حبس المبيع بالذات للضغط على المشترى حتى يوفى له بالثمن ، كما سبق القول[١] .

٦٨٤ — هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق فى الحبس بداهة لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون بخطأ الحـابس ، وفى هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبى عن فعل الحابس ، وفى هذه الحالة تهلك العين على مالـكها حتى لو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طبقت المـادة ٤٦٠ من التقنين المدنى هذا الحكم ، فنصت على أنه «إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ،كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع[٢]» .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٧ .

(٢) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشىء الذى هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهناً رسمياً أو رهن حيازة (انظر م ١٠٤٨ و١١٠٢ مدنى) . فالرهن فى هذا يختلف عن الحبس . ذلك أن فى الرهن قد التزم الراهن بتقديم ضمان تأميناً لدينه ، فإذا هلك الضمان الذى قدمه التزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فوراً . أما فى الحبس فلم يتعهد مالك الشىء المحبوس بتقديم ضمان ، بل انه وجد ماله محبوساً عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشىء ولا محل لإلزامه بتقديم شىء آخر بدلا منه . على أنه لا فائدة من إلزامه بذلك ،فان جزاء الإخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين المضمون بالحبس فوراً ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥) .

وإذا هلكت العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين ، فى رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التى هلكت ، قياساً على حالة بيع العين إذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن . وتكون هذه حالة من حالات الحلول العينى لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة فى بيع الثمرات التى يخشى عليها التلف وحبس ثمنها (١) . ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الحلول العينى لا يكون إلا بنص ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التى هلكت (٢) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بنكاز تكملة بودرى ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٧٥٦ — الدكتور منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينى فقرة ١٤٤ — فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ - ص ١٨٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ — الأستاذ صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٩٠ هامش رقم ٣ — الأستاذ حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٥ — الأستاذ أنور سلطان فى البيع فقرة ٢٠٢ . وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ .

(٢) كما جاز له حبس الثمن فى حالة بيع العين المحبوسة إذا خيف عليها الهلاك أو التلف بموجب المادة ٢٤٧ فقرة ثالثة مدنى ، وكما جاز انتقال الرهن من الشىء المرهون إذا هلك أو تلف إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و ١١٠٢ مدنى . انظر فى هذا المعنى بيكار وبيسون فى التأمينات البرية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ — دريدا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى رسالته فى نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ - ص ١٥٤ وفى دروسه فى الحقوق العينية الأصلية ص ٥٢ — ص ٥٤ .

وفى رأينا أن الحلول العينى مبدأ عام ، وليست النصوص التشريعية إلا مجرد تطبيقات له ، فلا حاجة إلى نص خاص لكل حالة من حالاته . ويقوم المبدأ على فكرة التخصيص (affectation spéciale) ، فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فما يحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضاً لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فعلا فى حالة بيع العين المحبوسة إذا خشى عليها الهلاك أو التلف ، وفى حالة هلاك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية . وطبقناها ، دون نص ، فى حالة بيع ثمرات العين المحبوسة إذا خشى عليها الهلاك أو التلف . ونطبقها الآن ، دون نص أيضاً ، فى حالة هلاك العين المحبوسة أو تلفها وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق فى الحبس يقوم على حيازة العين المحبوسة ذاتها ، فإنه لا يحول دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيازة تقع على ما يحل محل العين المحبوسة، فيعتبر هذا بمثابة وقوع الحيازة على العين ذاتها . وإذا كان المشرع قد رأى حاجة إلى الحلول العينى لمجرد أن يخشى على العين المحبوسة من الهلاك أو التلف ، فأجاز =

أما بيع العين المحبوسة فيختلف فى الحكم عن هلاكها . ذلك أن البيع إن اقتضته الضرورة لأن العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق فى الحبس لا ينقضى ، بل ينتقل من العين إلى الثمن . وإن أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذاً على العين ، فان رسو المزاد لا يقضى الحق فى الحبس كما أسلفنا القول[١] . أما إذا أوقع البيع الدائن الحابس نفسه تنفيذاً على العين ، فان هذا يعتبر نزولا منه عن حقه فى الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٨٥ — اخلال الحابس بالتزامه من المحافظة على العين : قدمنا أن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد . فاذا أخل بهذا الالتزام إخلالا خطيراً ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه فى الحبس لتعسفه فى استعمال هذا الحق . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة[٢] .

٦٨٦ — نزول الحابس عن حقه فى الحبس - خروج العين طوعاً من يده : وقد ينزل الحابس عن حقه فى الحبس قبل أن يستوفى ما له فى ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلى . وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعاً[٣] . فاذا خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه

= أن يحل الثمن محل العين فى حق الحبس ، فأولى أن تكون الحاجة قائمة إلى الحلول العينى إذا هلكت العين فعلا أو تلفت وحل محلها التعويض أو مبلغ التأمين .

(١) ولكن إذا كان الحق فى الحبس متفرعا عن رهن حيازة عقارى ، وكان الرهن مقيداً ، ثم بيع العقار المحبوس بيعاً جبرياً ، فإن الحق فى الحبس ينقضى فى هذه الحالة تبعاً لتطهير العقار بالبيع الجبرى ، وينتقل حق الرهن بمرتبته إلى ثمن العقار المنزوعة ملكيته (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) .

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس للبائع الذى خرجت من تحت يده العين المبيعة برضائه وتسلمها المشترى فعلا أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشترى قبل أن يقوم بدفع الثمن (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧١ ص ٤٥٧ — انظر أيضاً : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) .
=

فى الحبس ، ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك[١] . ويتحقق ذلك فى صورة عملية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه ، فيتخذ إجراءات البيع الجبرى ، ويجب عليه فى هذه الحالة عند رسو المزاد على مشتر أن يسلمه العين ، لأن فى التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمنياً منه عن حقه فى الحبس [٢] ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان خروج الشىء من يد الحابس طوعاً يستخلص منه نزول ضمنى عن حقه فى الحبس ، فان خروج الشىء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق . فاذا اختلس المالك أو أجنبى العين من يد الحابس خفية ، أو اغتصبها منه رغماً عنه ، أو أخذها بالرغم من معارضته ، فان حقه فى الحبس لا يزول بذلك[٣] . بل له أن يسترد حيازة

= على أن انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعاً من يد الحابس إنما يرجع إلى أن الحق فى الحبس يقوم على أساس حيازة الشىء المحبوس ، فينقضى بانقضاء الحيازة طوعاً ولو لم تنصرف إرادة الحابس إلى النزول عن الحق فى الحبس . ومن ثم ينقضى الحق فى الحبس ولو كان الدائن عند التخلى قد أعلن صراحة أنه يريد نقل حقه فى الحبس من الشىء إلى ثمنه (دريدا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٨٥ ص ٧١٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقره ١٣٥ ص ١٨٥) .

(١) ويعتبر مجرد خروج الشىء من يد حائزه أو محرزه قرينة على حصوله برضاه ، إلى أن يثبت الحائز أو المحرز عكس ذلك (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — ص ٦١٦) وقضت محكمة النقض بأن التخلى الاختيارى المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة إليها . فإذا كانت القرائن التى استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ .

(٣) وقد قضى بأن نزع المال المحبوس من يد الحابس بناء على حكم قضائى لا يترتب عليه انقضاء الحبس ، لاعتباره حاصلا دون رضاء الحابس ، ما لم يكن الحكم غير نافذ فى حق الحابس ، إذ يعتبر تسليم الحابس المال المحبوس فى هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاعتراض على الحكم بمثابة تسليم اختيارى ، ويترتب عليه انقضاء حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش رقم ٢) .

العين ، بشرط أن يطلب ردها فى أقصر الأجلين ، إما قبل انقضاء ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج العين من يده [١] ، وإما قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده [٢].

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز حسن النية ، إذ أن الحيازة ولو بحسن نية لاتجب سرقة الضمان (vol de gage) [٣] . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليس الحبس ، على وجه الإجمال ، إلا حيازة الشيء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعياً أن ينقضى بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغى أن يكون هذا الفقد إرادياً . فاذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه فى الحبس قائماً ، وكان له أن يسترده

---

(١) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدنى ، كما رأينا . وقد قيست هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التى نقلت دون رضائه من العين المؤجرة ، فإنه لا يستطيع استردادها إلا فى خلال ثلاثين يوماً من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٦٠٢ من تقنين المرافعات ، فى هذا الصدد ، على أن « لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر فى القانون المدنى . ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً » . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوما لا تسرى ، فى حالة الحبس ، إلا من يوم علم الحابس بخروج الشيء من يده ، أما فى حالة المؤجر فتسرى المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(٢) وهنا أيضاً يختلف ميعاد السنة عن هذا الميعاد نفسه فى دعوى استرداد الحيازة (action en réintegrande) ، فنى هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . كذلك يختلف استرداد الحابس للحيازة عن استرداد المؤجر للمنقولات التى خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التتبع المتفرع عن حق الامتياز العينى ، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانونى إذا لم يترتب على المنقولات حق للغير . أما استرداد الحابس للحيازة فالغرض منه ليس إمكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد الحيلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحابس بالميعاد القانونى ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٧ ص ٦٠٥ — ص ٦٠٧ — قارن بيدان وفوران فقرة ٢٨٢) .

(٣) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — قارن بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥١ ص ٢٤٣ .

ولو من يد حائز حسن النية ، باعتبار أن الأمر ينطوى على سرقة ضمان . على أن حق الاسترداد هذا ، وإن كان جزاء يكفل حماية الحق فى الحبس ، إلا أن من واجب المحتبس أن يستعمله فى خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشىء من يده (قارن حق المستأجر فى استرداد المنقولات التى تخرج من حيازته فى خلال ثلاثين يوماً) (١) » .

ويجب أن يسترد الحابس الحيازة القديمة التى فقدها حتى يعود إليه الحق فى الحبس ، أما إذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فان حقه الأول فى الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب الجديد ليس هو الحق الأول (٢) .

ويلاحظ أنه إذا خرجت الحيازة من يد الحابس ولو خفية أو عنوة ، فان الحق فى الحبس يزول مؤقتاً ما دام الحائز لم يسترد فعلا الحيازة على النحو الذى أوضحناه . فاذا استرد الحيازة فى الميعاد، عاد إليه الحق فى الحبس . وإن انقضى الميعاد دون أن يستردها ، زال نهائياً حقه فى الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحاً بين الحق فى الحبس والحق العينى ، فالحق العينى ينطوى دائماً على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال العين إلى الغير .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا (انظر آنفاً فقرة ٦٧٩ فى الهامش فى تاريخ المادة ٢٤٨ مدنى) أن مدة السنة إنما أضيفت إلى المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ – بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصاً اشترى سيارة بثمن حال وتسلمها قبل أن يسدد الثمن ، فان بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه فى حبس السيارة . فإذا أعاد المشترى السيارة إلى البائع لإصلاحها فى «ورشته» ودفع له مصروفات الإصلاح ، لم يجز للبائع حبس السيارة فى الثمن الذى لم يدفع ، لأن حيازة السيارة إنما عادت إلى البائع بسبب جديد ، هو إصلاح السيارة . ولو عادت السيارة إلى حيازة البائع لا بسبب جديد بل بالسبب الأول — بأن كان البائع مثلا سلم السيارة إلى المشترى مؤقتاً لتجربتها على أن يرجعها إلى البائع بعد التجربة فأرجعها المشترى — فإن البائع يعود له بعودة السيارة الحق فى حبسها حتى يستوفى الثمن (بيدان وفوران فقرة ٢٨٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ هامش رقم ٢ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . ولو أن شخصاً عهد إلى صاحب «جراج» بإصلاح سيارة ، واستعادها مؤقتاً قبل أن يدفع أجرة الإصلاح ثم أرجعها إلى صاحب «الجراج» لاستكمال إصلاحها ، لعاد الحق فى الحبس إلى صاحب «الجراج» حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عادت إلى حيازته بنفس السبب القديم (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) .

الفصل الخامس

الاعسار *

(La déconfiture)

تمهيد

الاعسار المدنى والافلاس التجارى

الاعسار فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الجديد

٦٨٧ — مقومات الافلاس التجارى : عند ما يتوقف التاجر عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر إفلاسه . وشهر الإفلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك اختص به التجار ، لما للائتمان فى المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه فى العادة كثيرون ومتفرقون ، فمن المصلحة أن يتحدوا فى جماعة (union) وأن يجروا تصفية أموال مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان تنظيم الإفلاس التجارى يقوم على أسس ثلاثة :

* مراجع : ألين (Allain) فى الإعسار — جارو (Garraud) فى الإعسار — ڤالت (Valette) فى الآثار الرئيسية للإعسار — بيدان (Budin) فى الإفلاس المدنى — ترونسون (Tronçon) مد نظام الإفلاس إلى غير التجار — ديپان (Dupin) مسألة الإفلاس المدنى رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٠ — توسان (Toussaint) فى مسألة الإفلاس المدنى رسالة من أكس سنة ١٩٢٤ — محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس المدنى رسالة بالفرنسية من باريس سنة ١٩٣٧ — ليمانيسيه (Lemanissier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — مارسيل ديپون (Marcel Dupont) فى أنسيكلوپيدى داللوز لفظ (Déconfiture) .

محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى الجزء الثانى فى الإفلاس سنة ١٩٥١ — عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٣٠ — إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ — فقرة ١٥٣ — حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٩٨ — فقرة ١١٠ .

(الأساس الأول) ألا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص — رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك — يميزه فيه عن سائر الدائنين . فيتحقق إذن تحققاً فعلياً فى الإفلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، لا فرق فى ذلك بين دائن ودائن .

(الأساس الثانى) أن تغل يد المدين عن التصرف فى أمواله . فمنذ أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك إن يتصرف فى ماله ، ويبقى كذلك إلى أن تنتهى التفليسة بالتصفية أو بالصلح . بل إن التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففى فترة الريبة (période suspecte) — من اليوم الذى تحدده المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله — تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلا للابطال ، على الوجه المعروف فى القانون التجارى .

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية . والتصفية الجماعية هى المميز الجوهرى للافلاس التجارى . ومعناها أولا أن ترفع يد المدين عن أمواله (desaisissement) ، فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين . ومعناها ثانياً ألا يباشر أى دائن إجراء فردياً للتنفيذ (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الإجراءات التى تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون فى اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية . ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً ، ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيباً بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التفليسة بالصلح (concordat) بين الدائنين ومدينهم ، طبقاً للقواعد ووفقاً للاجراءات المرسومة فى القانون التجارى .

٦٨٨ — مقارنة بين الافلاس التجارى والوسائل المدنية التى تقدم ذكرها: الآن وقد ذكرنا مقومات الإفلاس التجارى ، نقارن بينه وبين الوسائل المدنية التى تكفل حقوق الدائنين ، من وسائل تمهد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هى التى ذكرناها من قبل : الدعوى غير

المباشرة ، والدعوى البولصية ، والدعوى الصورية ، والحق فى الحبس[1] .

لاتشترك هذه الوسائل الأربع مع الإفلاس التجارى فى مقوماته الثلاثة ، إلا فى واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقى بالاستئثار بمال المدين . أما المقومان الآخران — غل يد المدين عن التصرف والتصفية الجماعية — فيتميز بهما الإفلاس التجارى عن هذه الوسائل الأربع ، ولاتشترك فيها معه .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستخلصه من الضياع من جراء سوء نية هذا المدين أو إهماله ، تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء كما قدمنا . وفى هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الإفلاس التجارى . وتختلف عنه أولا فى أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لاتغل يده عن التصرف فى هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى فى أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل إلا الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المال الذى استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون باجراءات فردية ، فالدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة لا بد فى التنفيذ من أن يتخذ إجراءات فردية للحجز ، ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الإجراءات أو أن يشترك فى الإجراءات التى سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ الدائن الذى يريد التنفيذ على المال إجراءات فردية باسمه خاصة ، بل إن الدائن الذى يسبق الآخرين فى التنفيذ يستوفى حقه من هذا المال قبلهم ما داموا لم يدركوا التوزيع النهائى . وهذا بخلاف الإفلاس التجارى ، فالتصفية فيه كما قدمنا تصفية جماعية يتولاها السنديك باسم جميع الدائنين ، ولايستطيع أحد منهم أن يتخذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

والدعوى البولصية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار فى حق

---

(١) والغالب أن هذه الوسائل الأربع ، كالإفلاس التجارى ، يواجه بها الدائنون مديناً معسراً ، فيحاولون بقدر الإمكان أن يستخلصوا منه أكبر قسط من حقوقهم عنده .

الدائنين ، تمهيداً للتنفيذ على المال الذى سبق التصرف فيه . والدائن فى التقنين المدنى الجديد ، لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق الدعوى البولصية مع الإفلاس التجارى (١) . وتختلف عنه أولا فى أن المدين لم تغل يده عن التصرف فى المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيه فعلا وكان لا بد من الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتغل يده عن التصرف فى ماله منذ شهر إفلاسه ولا حاجة لتوافر أى شرط آخر غير شهر الإفلاس . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المال الذى تصرف فيه المدين فى الدعوى البولصية يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة ، لا باجراءات جماعية يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى .

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستبقيه ، بعد أن تصرف فيه المدين تصرفاً صورياً ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق دعوى الصورية مع الإفلاس التجارى . وتختلف عنه أولا فى أن المدين لا تغل يده عن التصرف فى المال تصرفاً جدياً ، بعد أن تصرف فيه تصرفاً صورياً ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقبل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف فى المال مرة أخرى تصرفاً جدياً قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين فى هذه الحالة إلا الطعن فى هذا التصرف الجدى بالدعوى البولصية . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المال الذى كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البولصية ، لا باجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس للتجارى.

والحق فى الحبس يوجه الدائن فيه همه إلى مال للمدين محبوس تحت يده ،

---

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى فى هذه الخصيصة الأولى، لا تتفق مع الإفلاس فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان الدائن بمقتضى أحكام هذا التقنين يستأثر بالتنفيذ على هذا المال دون غيره من الدائنين .

فيستبقيه محبوساً حتى يستوفى حقه . والدائن لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو إذا نفذ عليه وبيع فى المزاد العلنى شاركه فى ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيـان ذلك . وفى هذا يتفق الحق فى الحبس مع الإفلاس التجارى . ويختلف عنه أولا فى أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف فى المال المحبوس ، بل يستطيع أن يتصرف فيه وينفذ تصرفه فى حق الدائنين ، بل وفى حق الدائن الحابس نفسه إذا سبق التصرف الحبس على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المـال المحبوس يكون باجراءات فردية كما فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ، لا باجراءات جماعية ، كما فى الإفلاس التجارى .

٦٨٩ — الافلاس التجارى والاعسار المدنى : وإذا كانت الوسائل المدنية الأربع التى تقدم ذكرها تقصر عن الإفلاس التجارى فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ولا تشترك معه إلا فى المقوم الأول كما رأينا ، فان الإعسار المدنى (déconfiture) كما نظمه التقنين المدنى الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الأربع ، ويشترك مع الإفلاس التجارى (faillite) فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه فى المقوم الثالث وحده .

يتفق الإعسار المدنى مع الإفلاس التجارى فى أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقى فى الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضاً — وفى هذا يتميز الإعسار المدنى عن الوسائل المدنية الأربعة التى سبق ذكرها — فى أن يد المدين تغل عن التصرف فى أمواله منذ شهر الإعسار ، كما تغل يد المدين التاجر عن التصرفات فى أمواله منذ شهر الإفلاس .

ولـكن يختلف الإعسار المدنى عن الإفلاس التجارى فى المقوم الثالث — وهو المقوم الجوهرى كما قدمنا — فلا يوجد فى الإعسار المدنى تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما هو فى الوسائل المدنية الأربع موكولا إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة[1] .

(١) انظر فى الفروق مابين الإفلاس والإعســار فى القانون الفرنسى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٣٣ — فقرة ٣٨ .

ومن ثم يوضع الإعسار المدنى إلى جانب الوسائل المدنية الأربع — الدعاوى الثلاث والحق فى الحبس — وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها فى المقوم الجوهرى للافلاس التجارى ، فهو مثلها ليست فيه تصفية جماعية ولا محل فيه إلا لإجراءات فردية ، وإن كان يفوقها جميعاً فى أنه يغل يد المدين عن التصرف فى أمواله على النحو الذى سنبسطه فيما يلى :

٦٩٠ — **الإعسار فى التقنين المدنى السابق :** لم ينظم التقنين المدنى السابق الإعسار ، وهذا بخلاف الإفلاس فقد نظمه التقنين التجارى تنظيما دقيقاً مفصلا. وقد يقال إن الإعسار ليس فى حاجة إلى التنظيم الذى لا بد منه فى الأفلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلا بد فيها من ضمانات قوية يطمئن إليها الدائنون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم إفلاس التاجر تنظيما يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة فى المعاملات المدنية بالقوة التى تقوم بها فى التعامل التجارى . ولكن المدين المعسر ، حتى فى المعاملات المدنية ، فى أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له وللدائنين على السواء . وتزداد الحاجة إلى تنظيم الإعسار المدنى ، منذ رتب القانون على هذا الإعسار نتائج هامة (١).

وقد سار التقنين المدنى السابق فى عدم تنظيمه للإعسار على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، وأطلق يد المدين المعسر فى التصرف ، ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية ، ولم يواجه المدين المعسر إلا عن طريق الدعاوى الثلاث المعروفة ، وهى وحدها لا تكفى فى تنظيم الإعسار . واستفاضت

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يرتب على الإعسار إسقاط الأجل (م ١٠٢/١٥٦) ، وانتهاء عقد الشركة (م ٤٤٥/٥٤٢) ، ووجوب استبدال كفيل موسر بكفيل معسر إذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً بتقديم كفيل (م ٥٠٠/٦١٠) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المعسر بالدين قبل حلول أجله (م ٥٠٣/٦١٤) . هذا إلى أن إعسار المدين كان مشترطاً فى الدعوى غير المباشرة (م ١٤١/٢٠٢) ، وفى الدعوى البولصية (١٤٣/٢٠٤) ، وإن لم تصرح النصوص بذلك .

وانظر فى النتائج التى تترتب على الإعسار فى القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٤ — دى باج ٣ فقرة ١٦٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ déconfiture فقرة ٩ — فقرة ٣٢ .

الشكوى من هذه الحالة فى فرنسا [١] وفى مصر [٢].

٩٦١ — تنظيم الإعسار فى التشريعات الحديثة : أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الإعسار فيختلف اختلافاً بيناً عن موقف التقنين المدنى الفرنسى . فبعض هذه التشريعات — كما فى ألمانيا وانجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك — لا تميز بين الإفلاس التجارى والإعسار المدنى ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعاً لنظام واحد هو نظام الإفلاس التجارى . ومن ثم عرفت هذه التشريعات الإفلاس المدنى (faillite civile) ، بل عرفت الإفلاس دون وصف نظاماً موحداً ، فالإفلاس عندها يتناول كلا من الإفلاس التجارى (faillite) والإعسار المدنى (déconfiture) [٣]. وعيب

---

(١) وقد حاولت بعض المحاكم فى فرنسا أن تنظم الإعسار عن طريق تعيين حارس قضائى على أموال المدين يديرها ويصفيها كما يفعل السنديك ، ثم عن طريق جعل الدعوى البولصية تفيد جميع الدائنين السابقين على التصرف المطعون فيه واللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لأنها لا تتفق مع التشريع القائم الذى لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقص (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٧ — الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسى فى طريق تنظيم الإعسار خطوات محدودة . فى مناسبة إفلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون فى أول يوليه سنة ١٨٩٣ يجعل الشركات المدنية ذات الشكل التجارى خاضعة لنظام الإفلاس التجارى . ثم صدر قانون فى أول أغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التوصية وشركات المساهمة التى تنشأ فى شكل تجارى شركات تجارية ، فتخضع للقوانين والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم أضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ إلى هذه الشركات الشركات ذات المسئولية المحدودة . وصدر قانون فى ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضى باعتبار استغلال المناجم من قبيل الأعمال التجارية لتطبيق نظام الإفلاس . انظر فى هذه المسألة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٩ — دى باج ٣ فقرة ١٦٦ — فقرة ١٦٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٨٥ — كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٢٢ — الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس المدنى ص ١٣٧ — ص ٢٢٩ — وكتابه فى الإفلاس فقرة ٢٣ .

(٢) انظر الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس المدنى ص ٢٧٢ — ص ٢٧٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢١٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ .

(٣) انظر التشريع الألمانى الصادر فى سنة ١٨٧٧ ، والتشريع الإنجليزى الصادر فى =

هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها فى التعامل التجارى ولكنها فى المعاملات المدنيـة تعتبر قاسية فى غير ضرورة .

وفى سويسرا نظم الإفلاس التجارى ، وترك الإعسار المدنى دون تنظيم موكولا إلى إجراءات الحجز المعتادة . ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجارى على سبيل الإجبار ، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه فى سجل خاص (١) . وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدنى دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرين إلى نظام الإفلاس التجارى ولا يتلاءم هذا النظام فى بعض إجراءاته مع ملابسات الإعسار المدنى .

ولعل النظام الأسبانى هو خير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الاعسار المدنى تنظيما مستقلا عن تنظيم الإفلاس التجارى ، ويسير فى كل نظام وفقاً لمقتضياته . فالتاجر المفلس غير المزارع المعسر . الأول يتقيد باعتبارات جوهرية فى الائتمان التجارى تدعو إلى تنظيم إفلاسه تنظيما دقيقاً يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصفى أمواله تصفية جماعية يقوم بها سنديك باسم جميع الدائنين . أما المزارع المعسر فليس فى حاجة إلى كل ذلك ، بل إن إقحام نظام الإفلاس التجارى فى شأنه ، وما ينطوى عليه من رفع يده عن أمواله وتعيين سنديك يتسلمها ويصفيها تصفية جماعية ، من شأنه أن يربك أعماله فى غير ضرورة . وبحسب الإعسار المدنى أن ينظم تنظيما يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ،

= سنة ١٨٨٣ ، والتشريع الهولندى الصادر فى سنة ١٨٩٣ . وانظر فى الإفلاس كنظام موحد للتجار وغير التجار فى التشريعين الألمانى والإنجليزى رسالة الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس المدنى ص ٥٣ — ص ١٣٣ .

(١) أصدر المشرع السويسرى قانوناً اتحادياً (fédéral) للتنفيذ من أجل الديون والإفلاس فى سنة ١٨٨٩ . فرسم طريقين للتنفيذ ، أحدهما طريق الإفلاس والآخر طريق الحجز . فإذا كان المدين مقيداً فى السجل التجارى وجب اتباع طريق الإفلاس ، وإلا فطريق الحجز . وقسم السجل التجارى إلى قسمين : قسم حرف ا وهو خاص بالقيود الإجبارية أى القيود المتعلقة بالتجار والمؤسسات التى تتخذ الشكل التجارى ولا يعفى من هذا القيد إلا صغار التجار ، وقسم حرف ب وهو خاص بالقيود الاختيارية إذ أجاز المشرع لغير التجار إجراء القيد فى السجل (الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس المدنى ص ٢٣٣ — ص ٢٦٧) .

فهذا هو القدر الضرورى لحماية الدائنين ، دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ إجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، إن تطلبتها مقتضيات الائتمان التجارى فليست ملابسات الائتمان المدنى فى حاجة إليها [١] . على أن النظام الإسبانى لا يفرق كثيراً بين تنظيم الإفلاس التجارى وتنظيم الإعسار المدنى من ناحية التصفية الجماعية [٢] . وهذا ما توقاه التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد جعل تنظيم الإعسار المدنى يختلف اختلافاً واضحاً عن تنظيم الإفلاس التجارى ، واقتصر فى الإعسار المدنى على الإجراءات الفردية كما سنرى[٣] .

---

(١) انظر فى انتقاد توحيد نظامى الإفلاس التجارى والإعسار المدنى وبيان عدم صلاحية ذلك فى مصر إلى الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٤ ، وينتهى إلى ما يأتى : «هذه هى الأسباب التى تدعونا إلى نبذ نظرية الإفلاس المدنى على الأخص فى بلاد زراعية كمصر ، حيث لا سبيل إلى تنشيط الائتمان الزراعى إلا بإنشاء بنوك التسليف والعمل على تيسير الحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعنى أننا نعضد القائلين بترك نظام الإعسار بغير تنظيم ، فمن غير المرغوب فيه حقاً أن يظل المدين على الرغم من إعساره قادراً على التصرف فى أمواله والعبث بحقوق دائنيه ، أو أن يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التسابق والتزاحم بينهم . غير أننا لا نرى أن سبيل الإصلاح يكون بتطبيق نظام الإفلاس برمته على غير التجار ، وإنما يجب التمحيص والتدقيق فى أحكام هذا النظام والاستعانة بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعنى أنه يجب وضع نظامين للتنفيذ على أموال المدين الذى يعجز عن أداء ديونه ، أحدهما نظام الإفلاس ويقتصر تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجارى ، والآخر نظام الإعسار ويتبع فى شأن غير التجار ويكون موضعه القانون المدنى . وقد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وفى مقدمتها التشريع الإسبانى حيث يوجد نظام للإفلاس (quiebra) وآخر للإعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحا أن الشبه بين النظامين كبير فإنهما غير متماثلين . واتبع المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد هذا النهج ، فوضع نظاما شاملا لحالة الإعسار ، واستعان فى شأنه ببعض أحكام الإفلاس فى حدود متزنة ومعقولة» (الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس ص ٥٠) .

(٢) ويجوز فى هذا النظام أن يقرر الدائنون ، بأغلبية الثلثين ، وقف الإجراءات أو الحط من الديون . فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية كان المدين فى حالة إعسار ، فترفع يده عن ماله ، وتوقف إجراءات التنفيذ الفردية (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) .

(٣) انظر فى تنظيم الإعسار المدنى على أسس تختلف عن الأسس التى يقوم عليها تنظيم الإفلاس التجارى الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس التجارى ص ٢٧١ — ص ٣١٥ . وقد كانت هذه الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنقيح التقنين المدنى عندما وضعت النصوص الخاصة بتنظيم الإعسار المدنى فى التقنين الجديد . وانظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٦ — فقرة ٨١٩ .

٦٩٢ — تنظيم الاعسار فى التقنين المدنى الجديد — الاعسار الفعلى والاعسار القانونى : على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصوصاً تنشىء نظاماً استثنائياً لتصفية جماعية فى الاعسار المدنى . ولما عرضت هذه النصوص للاستفتاء، مال الرأى العام القانونى فى مصر إلى عدم الأخذ بهذا النظام الاستثنائى، فحذفت النصوص المتعلقة به فى لجنة المراجعة(١) .

واستبقيت النصوص التى تنظم الإعسار المدنى دون تصفية جماعية تنظيما يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية . ولما كانت هذه النصوص تنظم الإعسار

---

(١) وكانت هذه النصوص فى المشروع التمهيدى هى المواد من ٣٥٤ إلى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتتلخص الأسس التى كان يقوم عليها النظام الاستثنائى للتصفية الجماعية — كما قرر المشروع التمهيدى — فيما يأتى :

ا) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بشهر الإعسار أو فى أى وقت بعد صدور هذا الحكم ، أن تعين عند الاقتضاء بناء على طلب أحد الدائنين أو بناء على طلب المدين نفسه ، حارساً مصفياً يوفى الدائنين حقوقهم ، أما ببيع أموال المدين وأما بتسوية ودية مع الدائنين . وتندب المحكمة قاضياً للإشراف على أعمال التصفية .

ب) يترتب على تعيين الحارس المصفى أن يتخلى المدين عن إدارة أمواله ، وأن تصبح أمواله محجوزة حجزاً تحفظياً . فلا يجوز اتخاذ أى إجراء إلا بواسطة الحارس المصفى أو فى مواجهته .

جـ) يعد الحارس المصفى بياناً عن حالة المدين يعرضه على الدائنين فى اجتماع يدعوهم إليه . ثم يأخذ فى هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات فى تحقيق الديون وفقاً للإجراءات التى تتبع فى تحقيق الديون فى حالة الإفلاس .

د) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد عرضه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا تتم التسوية الودية إلا إذا أقرتها الأغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الأغلبية تملك ثلاثة أرباع الديون التى فحصت واعتمدت . وتصدق المحكمة على التسوية .

هـ) إذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصفى الإجراءات لبيع أموال المدين المعسر بالمزاد العلنى وفقاً للأوضاع المقررة فى تقنين المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصفى فى أن يبيع كل أموال المدين أو بعضها بطريق الممارسة وبشروط معينة.

و) يودع الحارس المصفى المبالغ الناتجة من بيع أموال المدين خزانة المحكمة . ويتولى القاضى المنتدب توزيع هذه المبالغ وفقاً للقواعد المقررة فى تقنين المرافعات لقسمة المال قسمة غرماء وقسمة ترتيب .

ز) متى تمت التصفية الجماعية بغير طريق التسوية الودية ، يعود للدائنين حقهم فى اتخاذ إجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين . ويجوز فى هذه الحالة تعيين حارس مصف من جديد إذا كان المستجد من المال قدراً كافياً يبرر ذلك .

(انظر مشروع تنقيح القانون المدنى — المذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٣٨١ — ٣٩٨) .

عن طريق شهره بموجب حكم قضائى ، فان التقنين المدنى الجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للاعسار ، وانقلبت هذه الحالة — كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى(١) — « من مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل ، إلى نظام قانونى واضح المعالم بين الحدود » (٢) فأصبح التقنين المدنى الجديد يميز بين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ .

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى دفاعاً مسهباً عن نظام الإعسار الذى قرره التقنين الجديد ، وبينت أن هذا النظام يخدم مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . ومما جاء فى هذا الصدد : « ومتى أشهر الإعسار كان مركز المدين فى تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشريع الحالى (السابق) ، ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتماً حلول الديون المؤجلة ، فللقاضى أن يبقى على الأجل وأن يمد فيه ، بل وللقاضى ماهو أفضل : فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً فى أكثر الظروف ملاءمة . كما أن المشروع . . . . أباح له كذلك أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع فى أسباب الحماية ولاسيما ما كان منها إنسانى الصبغة . فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من إيراده إذا كان هذا الإيراد محجوزاً . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار قسطاً من الحماية لايدانيه ما كفل لهم منها بمقتضى الأحكام الراهنة . فليس لهم أن يشفقوا فى ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على البـاقين بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أى اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى أشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضـارة أو المدخولة ، وأصبح إعمال أحكام الدعوى البولصية فريداً فى بساطته . فكل تصرف قانونى يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكل وفاء يقع منه ، لاينفذ فى حق الدائنين ، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغش ، وهو عبء فى أغلب الأحيـان غير يسير . ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخولة ، قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب أعمالا من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه . وعلى هذا النحو كفل المشروع بنظام الإعسار حماية وافية للدائنين من المدين ، وجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة . وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإعسار ، وإن توافرت له المزايا التى تقدمت الإشارة إليها ، فليس يخلو إعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعاً . فإذا فرض فى رأيهم أن أغلب الملاك ينوءون بأعباء الدين ، فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك ، لأن هذه الإجراءات تفضى من طريق العلانية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغى أن يكتم أمرها عن الملأ لاعتبارات مادية وأدبية . ولكن لوصح أن يستهان بما يعرض للذهن فى مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضى التعامل من شرف وخلق ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل فى الواقع خافية غير معلومة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها فى هذا الشأن ، فأن لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة ، فثمة =

نوعين من الإعسار : الإعسار الفعلى (insolvabilité) والإعسار القانونى (déconfiture) . ويختلف الإعسار الفعلى عن الإعسار القانونى من وجوه عدة .

فالإعسار الفعلى حالة واقعية (état de fait) تنشأ عن زيادة ديون المدين — سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود — على حقوقه . أما الإعسار القانونى فحالة قانونية (état de droit) تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه ، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائى يجعل المدين فى حالة إعسار (état de déconfiture) .

والآثار التى يرتبها القانون على الإعسار القانونى قد لا يرتبها على الإعسار الفعلى . فسنرى أن سقوط الأجل (م ٢٥٥ فقرة أولى وم ٢٧٣ مدنى) ، ومنع المدين من التصرف فى ماله (م ٢٥٧ مدنى) ، وتعريضه لعقوبة التبديد فى حالتين معينتين (م ٢٦٠ مدنى) ، وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) ، وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين (م ٢٥٦ فقرة ٢ مدنى) ، إنما يترتب ذلك كله على الإعسار القانونى ، لا على مجرد الإعسار الفعلى . أما انتهاء الشركة باعسار أحد الشركاء (م ٥٢٨ فقرة أولى مدنى)، وجواز إنهاء العارية إذا أعسر المستعير بعد انعقادها أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف حـ مدنى) ، وتقديم كفيل موسر (أى غير معسر) إذا التزم المدين بتقديم كفيل (م ٧٧٤ مدنى) ، وسقوط حق الدائن فى الرجوع على الكفيل إذا أعسر المدين ولم يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه (قياساً على وجوب تقدمه فى تفليسة المدين إذا أفلس : م ٧٨٦ مدنى) ، كل ذلك يترتب على الإعسار الفعلى دون حاجة إلى أن يكون الإعسار قانونياً . كذلك فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية استبقى التقنين المدنى الجديد الإعسار على ما كان عليه فى التقنين المدنى السابق ، إعساراً فعلياً لا إعساراً قانونياً ، مسايراً فى ذلك تقاليد هاتين الدعويين . وينهض لتوجيه هذا الرأى أن التقنين المدنى الجديد حدد على وجه الدقة المقصود بالإعسار فى الدعوى البولصية ، فنص فى المادة ٢٣٩ على أنه « إذا ادعى الدائن

=علانية إجراءات التوزيع القضائى وجلسات المزايدات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠) .

إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها» . فالمشرع هنا اعتبر المدين معسراً بمجرد ألا يكفى ماله للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير المستحقة ، بينما هو فى الإعسار القانونى لا يعتبر المدين معسراً إلا إذا كان ماله لا يكفى للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة . فالإعسار القانونى ، كما نرى ، حالة أشد امعاناً فى الاستغراق بالدين من الإعسار الفعلى ، والتقنين المدنى الجديد صريح فى أنه يكتفى فى الدعوى البولصية – وتبعاً لذلك فى الدعوى غير المباشرة – بالإعسار الفعلى دون الإعسار القانونى(١) .

وقد ينتهى الإعسار القانونى قبل أن ينتهى الإعسار الفعلى . ذلك أن الإعسار القانونى ينتهى بموجب حكم إذا وفى المدين المعسر ديونه الحالة ، وينتهى حتما بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار . فيتبين من ذلك أن الإعسار القانونى قد ينتهى ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسراً فعلا ، وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلى ينتقل منه إلى إعسار قانونى ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلى . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى .

وننتقل الآن ، بعد هذا التمهيد ، إلى بسط أحكام تنظيم الإعسار المدنى فى التقنين المدنى الجديد ، أى إلى الكلام فى حالة الإعسار القانونى . فنبحث : (أولا) شهر حالة الإعسار (ثانياً) الآثار التى تترتب على حالة الإعسار (ثالثاً) انتهاء حالة الإعسار .

ونقصد فيما يلى ، إذا أطلقنا لفظ «الإعسار» ، الإعسار القانونى ، أى الإعسار كحالة قانونية منظمة ، فاذا أردنا الإعسار الفعلى صرحنا بذلك(٢) .

---

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٥٣ ص ٧٧ — ص ٧٨ — وفى رأينا أن التقنين المدنى الجديد إذا أطلق لفظ « الإعسار » فلا يتخصص اللفظ للإعسار القانونى ، بل ينصرف إلى محض الإعسار أى الإعسار الفعلى (انظر المواد ٢٣٥ فقرة ٢ و٢٣٧ و ٥٢٨ فقرة أولى و٦٤٤ حرف حـ) . أما إذا قصد بلفظ « الإعسار » الإعسار القانونى ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى إشعاراً بأهمية ما يرتب من النتائج على ذلك ، فيقول مثلا : « يسقط حق المدين فى الأجل : إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون ... » (م ٢٧٣ — وانظر أيضاً المواد ٢٥٥ فقرة أولى و٢٥٦ فقرة ٢ و٢٥٧ و٢٥٩ و٢٦٠) .

(٢) وشبيه بتنظيم حالة الإعسار (م ٢٤٩ – ٢٦٤ مدنى) تنظيم تصفية التركة (م ٨٧٦– ٩١٣ مدنى) — ففى الحالتين لا يجوز التصرف فى أموال المدين المعسر ولا فى أعيان التركة، =

الفرع الاول

شهر حالة الاعسار

٦٩٣ — **دعوى شهر الاعسار** : لابد لثبوت حالة الاعسار، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الإعسار . فوجب إذن أن نبحث أمرين : (١) طرفى دعوى الإعسار (٢) إجراءات هذه الدعوى .

المبحث الأول

طرفا دعوى الاعسار

٦٩٤ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » .

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتى :

« يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه. وتنظر الدعوى على وجه السرعة».

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتى :

« على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة .

= ولا يحتج على الدائنين بأى اختصاص يقع بعد تسجيل حكم الإعسار أو بعد موت المدين، ويعاقب المدين المعسر بعقوبة التبديد فى بعض الحالات كما يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شىء من مال التركة ولو كان وارثاً ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين المعسر من إيراداته المحجوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعولهم من ورثته . ولكن إجراءات تصفية التركة إجراءات جماعية ، بخلاف إجراءات تصفية مال المعسر فهى كما رأينا إجراءات فردية .

فتنظر إلى موارده المستقبلة ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التى ادت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية »[١] .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الإعسار المدنى كما سبق القول .

وليس فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما نظم الإعسار المدنى إلا التقنينان السورى والعراقى . أما التقنين اللبنانى فقد ترك الإعسار المدنى دون تنظيم كما فعل التقنين المدنى الفرنسى . وكذلك شأن التقنين الليبى ، فقد أغفل تنظيم الإعسار .

وتقابل النصوص السالفة الذكر فى التقنين المدنى السورى المواد من ٢٥٠

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدى ، عن طريق الخيرة ، على الوجهين الآتيين : «يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله ، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء» أو «يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء». وفى لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء إلى أن نظام الإعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية فى مصر، إذ هو يسىء إلى مركز المدينين وهم أغلبية دون أن ينطوى على منفعة حقيقية لهم . فأجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الأمر الواقع ، فالمدين الذى ينزع ملكه تتخذ قبله إجراءات علنية ، وليس فى شهر الإعسار ما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك . ثم إن النظام الذى وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، وييسر له أمر الوفاء بديونه . ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الإعسار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا التى يحصل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقى من الإفلاس ، كإبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين ، أو إبرائه من الديون أيا كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . فوافقت اللجنة على استبقاء نظام الإعسار فى المشروع مع احالة الاقتراح الخاص بابراء المدين إلى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة – والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جواز مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين ، فاختارت النص الآتى : « يجوز أن يشهر إعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الإعسار ، وقيل إن هذا النظام جديد ، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون . ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الإعسار يكفل للمدين والدائن مزايا عدة لاتكفى فى توفيرها الأحكام الجزئية التى وردت فى سياق تحبيذ فكرة الحذف ،ولا تعادلها الاعتبارات =

إلى ٢٥٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٧٠ و٢٧١ فقرة أولى (١) .

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه فى دعوى الإعسار هو المدين المعسر دائماً، أما المدعى فيكون فى الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

= المتصلة بعدد الدعاوى، وهى بالنسبة إلى المدين المعسر كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضى على النقيض إلى الإقلال منها . ولم تر اللجنة الأخذ بالاعتراض ، وأقرت نظام الإعسار فى مجموعه، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتى « غير التاجر » لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التى تتخذ بالنسبة إلى التاجر ، ولإفساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص فى القانون التجارى تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الإعسار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتى : « يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » ، تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٥) .

م ٢٥٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون إشهار الإعسار بحكم تصدره المحكمة التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه » . وفى لجنة المراجعة رؤى أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة ، فعدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليـــه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٦) .

م ٢٥١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنـــة المراجعة تحت رقم ٢٦٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٧ — ص ٦٦٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٠ — ٢٥٢ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٧٠ : المدين المفلس الذى يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله ، إذا خاف غرماؤه ضيـــاع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة ، وراجعوا المحكمة فى حجره عن التصرف فى ماله أو فى إقراره بدين لآخر ، حجرته المحكمة .

م ٢٧١ فقرة أولى : يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين .

(وتحديد الإعســـار المدنى فى التقنين العراقى كتحديده فى التقنين المصرى : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء . وللمحكمة سلطة تقديرية تستخلص من عبارة « وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة » . وللدائن ، دون المدين ، فى التقنين العراقى، طلب الحجر على المدين ، أما فى التقنين المصرى فيجوز أيضاً للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه . ومع ذلك قارن الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يذهب إلى جواز أن يطلب المدين طلب الحجر على نفسه فى القانون المدنى العراقى) .

٦٩٥ — المدعى عليه هو المدين المعسر: من الطبيعي أن يكون المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر. وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظ «المعسر» فقد قدمنا أن الإعسار القانوني ليس ضرورة هو الإعسار الفعلي.

فالإعسار الفعلي هو كما قدمنا زيادة ديون المدين على حقوقه [1]، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء، ما دامت ديوناً محققة الوجود. فلا يدخل في الحساب الديون المتنازع فيها إلى أن تخلو من النزاع، ولا الديون المعلقة على شرط واقف إلى أن يتحقق الشرط. أما الديون المؤجلة، والديون المعلقة على شرط فاسخ، والديون غير المقدرة، فانها تحسب جميعاً. ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة، للإستيثاق مما إذا كان مال المدين يكفي للوفاء بها هي والديون المقدرة. وإذا تحقق الشرط الفاسخ، فسقط الدين المعلق على هذا الشرط، استنزل من مجموع الديون، وقد ينقلب المدين باستنزال هذا الدين موسراً بعد أن كان معسراً.

هذا هو تحديد الإعسار الفعلي. أما الإعسار القانوني فقد توخى له التقنين المدني تحديداً آخر جعله أقل وقوعاً من الإعسار الفعلي. ونبادر إلى القول — قبل تحديد الإعسار القانوني — أن الإفلاس التجاري هو أيضاً شيء آخر غير الإعسار الفعلي وغير الإعسار القانوني. فالإفلاس التجاري يجوز شهره بمجرد أن يتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد. ولا ينظر في الإفلاس التجاري إلى ما إذا كان المدين معسراً بالفعل أو غير معسر، فقد يكون موسراً وتكون له أموال تربى على ديونه أضعافاً مضاعفة، ولكن إذا كانت هذه الأموال لا يستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب، بأن تكون هي الأخرى ديوناً في ذمة مديني المدين لم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع، أو تكون عقارات أو منقولات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها، أو تقصر هذه الأموال عن الوفاء بالدين لأي سبب آخر، فانه يجوز شهر إفلاس المدين، مهما بلغ من اليسار، ما دام قد توقف عن دفع دين عليه مستحق الأداء. وهذا هو الذي توجبه مقتضيات التعامل التجاري، فهو تعامل يقوم على الثقة والائتمان فلا بد

---

(١) أو كما يقال عادة زيادة الخصوم (passif) على الأصول (actif).

من أن يفى التاجر بدينه فى المعياد المحدد للوفاء ، فان دائنه قد ائتمنه واطمأن إلى التعامل معه ، ويغلب أن يكون هذا الآخر مديناً اعتمد فى الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فمتى توقف مدينه عن الدفع توقف هو أيضاً عن الدفع لدائنه ، وقد يتوقف هذا الدائن هو أيضاً عن الدفع لدائنه ، وهكذا دواليك ، فيجر توقف مدين إلى توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض . ومن ذلك نرى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدينه من نتائج خطيرة ، ومن ثم كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الإفلاس (٢) .

وليس كذلك الإعسار القانونى . فان مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدليل على إعساره ، ولا يجر هذا التوقف عادة فى المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التى رأيناها فى التعامل التجارى . ومن ثم لم ير المشرع فى التقنين المدنى الجديد أن يقف عند هذه القرينة لاعتبار المدين معسراً . ولم يقف حتى عند الإعسار الفعلى ، بأن يكون مال المدين لايكفى للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يرض أن يجمع بين الأمرين : الإعسار الفعلى والتوقف عن الدفع . وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الإعسار القانونى فى المشروع التمهيدى للتقنين الجديد . فلم تختر لجنة المراجعة هذا الطريق(٢) ، واختارت الطريق الآخر الذى استقر فى التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقاً بالمدين . فلا يكفى ، حتى يجوز شهر إعسار المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولا يكفى أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء ، بل يجب أن يكون أشد إعساراً من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها(٣) . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء ، لم يجز شهر إعساره ، حتى لو كانت

---

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسراً إعساراً فعلياً أو قانونياً ، ولكنه مادام يدفع ديونه الحالة عند طلبها ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر إفلاسه (الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ — ص ١٨٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٩٤ فى الهامش فى تاريخ المادة ٢٤٩ — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ .

(٣) أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه ، بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء ، أى أقل من جزء معين من مجموع الديون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢) .

هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة[1]، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الإعسار القانونى أضيق من الإعسار الفعلى ، وأن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً ، وإن كان المعسر إعساراً قانونياً لا بد أن يكون معسراً إعساراً فعلياً . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالة ثمانية آلاف ، وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر إعساراً فعلياً لأن مجموع ديونه الحالة والمؤجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير معسر إعساراً قانونياً لأن ديونه الحالة لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالة اثنى عشر ألفاً بدلا من ثمانية آلاف، لكان المدين معسراً أيضاً إعساراً قانونياً ، لأن ديونه الحالة أصبحت تربى على أمواله .

على أن الإعسار القانونى ، على ضيقه ، أوسع من الإفلاس التجارى ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين التاجر عن دفع دينه الحال يجيز شهر إفلاسه ، ولو كان هذا المدين غير معسر ، لا إعساراً قانونياً ولا إعساراً فعلياً [2].

٦٩٦ — عبء اثبات الاعسار : ويقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره ، ويكون غالباً أحد دائنيه كما سيأتى . ويمكن إثبات الإعسار — أى عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء — بجميع الطرق لأن الإعسار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة فى المادة ٢٣٩ مدنى ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . فاذا أثبت الدائن ديناً مستحق الأداء فى ذمة المدين ، كان للقاضى أن

---

(١) ولا يقال إن الديون المؤجلة تحل بالإعسار ، فإن الدين المؤجل لا يحل إلا بشهر الإعسار ، أى بالإعسار القانونى دون الإعسار الفعلى ، كما سنرى .

(٢) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يخضع المدين التاجر — فى غير معاملاته التجارية — لنظام الإعسار المدنى (القانونى) فى دين مدنى لدائن تاجر (كثمن مفروشات يشتريها التاجر من تاجر آخر لاستعماله الخاص) أو لدائن غير تاجر (كأجرة المنزل الذى يسكنه التاجر) . أنظر فى هذا المعنى : الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ١٤٩ ص ١٩٤ — ص ١٩٧ .

يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر ، وهى قرينة تقبل إثبات العكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها إذا هو أثبت أن عنده مالا يكفى للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء (١) .

٦٩٧ — سلطة المحكمة التقديرية فى شهر الاعسار : وحتى بعد إثبات أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء على النحو الذى قدمناه ، فليس من الضرورى أن تقضى المحكمة بشهر إعساره ، بل إن لها سلطة تقديرية واسعة فى ذلك .

فعلى المحكمة — كما تقول المادة ٢٥١ مدنى — فى كل حال ، قبل أن تشهر إعسار المدين ، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلة ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية .

فالظروف التى تراعيها المحكمة إذن فى تقديرها هى الظروف العامة التى أعسر فيها المدين ، وكذلك الظروف الخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إعسار كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائى ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده .

---

(١) الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٨ — وقد قضى بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقة قرينة على إعساره ، فيتعين على المدين ، إذا أراد تلافى الحكم بشهر إعساره ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فإن لديه مايكفى لسداد ديونه المستحقة (الاسكندرية الكلية الوطنية ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ ص ٢١١) . وقضت محكمة النقض — فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ — بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لايقوم على نفى مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى ، كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً ، أو كانت الواقعة غير منضبطة النفى ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) .
=

والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضاً أن تراعيها المحكمة (١) فى تقديرها لشهر الإعسار أو الامتناع عن شهره . وهذه الظروف الخاصة إما أن ترجع إلى الماضى ، كمسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبذراً متلافاً . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة فقد تستوجب شهر إعساره ، ومثل ذلك أيضاً رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلة ، فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضاً مقدرته الشخصية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندساً حاذقاً فيمكن الاعتماد على عمله فى المستقبل وتفادى شهر إعساره فى الحال (٢) .

وغنى عن البيان أن المحكمة ، وهى تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الإعسار ، فيقوم ذلك إلى حد كبير مقام الصلح الواقى (concordat préventif) فى المعاملات التجارية (٣) .

٦٩٨ — المدعى فى دعوى الإعسار — أحد الدائنين : أما المدعى فى دعوى شهر الإعسار فيكون غالباً أحد دائنى المدين المعسر . وللدائن فى ذلك

= هذا وإذا كان المدين هو الذى طلب شهر إعسار نفسه — كما سيأتى — فإقراره بالإعسار حجة عليه ، إلا إذا ثبت للقاضى أنه قصد بالإقرار التحايل .

(١) وهذا بخلاف الحكم فى نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين .

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٠ ص ٢١٠ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ... للقاضى سلطة رحبة الحدود ، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ، وأخذه بالشدة أو اصطناع الرفق فى معاملته ، وفقاً لأحواله العامة والخاصة . وقد يكون فى الأحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عسرة موقوتة فى خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى فى توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصية (وهى التى يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق فى مستقبله) ، وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المادية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٣) .

(٣) الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٤٧ .

مصالح شتى . فقد يخشى ، بعد أن تيقن من إعسار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر إلى تبديد ماله ، أو إخفائه ، أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه (١) . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر إعسار المدين ، أن يلغى جميع هذه التصرفات . بل انه ليعرض المدين إلى عقوبة جنائية ، هى عقوبة التبديد ، إذا شهر إعساره وأقدم المدين مع ذلك على إخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها بقصد الإضرار بدائنيه ، أو تعمد الإعسار فى دعوى الدين التى رفعها عليه دائنه (م ٢٦٠ مدنى) ، كما سيأتى (٢) .

وقد يكون الدائن ، بعد أن تيقن من إعسار مدينه ، يخشى أن يبادر دائنوه الآخرون إلى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها فى استيفاء حقوقهم ، لا سيما بعد أن أصبح حق الاختصاص فى التقنين المدنى الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدنى) ، فيسبقه إلى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون ، ويبقى هو أمداً طويلا قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفى مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر إلى شهر إعسار مدينه ، وما دام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجل ، ويتيقن من إعسار مدينه ، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوفى منه حقه . فيبادر إلى شهر إعسار المدين ، متمسكاً بدين حال ، غير الدين المؤجل ، لا تكفى أموال المدين للوفاء به . فاذا ما شهر إعسار المدين ، سقط الأجل فى الدين المؤجل ، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، بدلا من أن يضيعه كله (٣) .

---

(١) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى العراقى : « إذا خاف غرماؤه ضياع ماله ، أو خافوا أن يخفيه ، أو أن يجعله باسم غيره » .

(٢) ونرى أنه حتى لو لم يوجد للمدين إلا دائن واحد ، فإن هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الإعسار ، وذلك حتى يغل يد المدين من التصرف فى أمواله ، مع تعريضه للعقوبة الجنائية . وإذا جاز للدائن الواحد أن يشهر إفلاس مدينه (انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ — ص ٢٢١) ، مع تعقد إجراءات الإفلاس وخطر نتائجه ، فأولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر إعسار مدينه ، وله فى ذلك مصلحة واضحة .

(٣) والدائن ذو الحق المؤجل لا يتمسك ، فى شهر إعسار المدين ، بحقه هو لأنه غير حال ، =

٦٩٩ — المدعى فى دعوى شهر الاعسار هو المدين نفسه : تقول المادة ٢٥٠ مدنى ، كما رأينا ، أن شهر الإعسار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التى تحدو بالدائن على أن يطلب شهر إعسار مدينه ، فبقى أن نتبين الدوافع التى تحدو بالمدين نفسه على أن يطلب شهر إعساره .

قد يرى المدين أن الديون قد أثقلته ، وأن الظروف التى تحيط به تشفع له ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على منحه آجالا للديون الحالة ، وحتى يمد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة (م ٢٥٥ فقرة ٢ مدنى وسيأتى بيانها) ، فيتمكن بذلك من تسوية حالته المالية فى هدوء وطمأنينة . ويشبه هذا فى الإفلاس التجارى الصلح مع الدائنين (concordat) .

وقد يكون المدين غارقاً فى ديونه ، تنهال عليه الحجوز من كل جانب ، وقد حجزت إيراداته فنع مورد رزقه ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة (م ٢٥٩ مدنى وسيأتى بيانها) يقتات منها إلى أن تتم تصفية أمواله[1] .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر إعسار نفسه يكون فى دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه بالدين ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر إعسار نفسه[2] .

= وإنما يتمسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفى أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شبين الكوم الكلية بأن دعوى شهر إعسار المدين لا تجوز إقامتها إلا عند حلول ميعاد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقاً للمادة ٢٤٩ من القانون المدنى الجديد . وتقول المحكمة بحق : «وأما ماتعرضت له المدعية بمذكرتها من أن الأجل يسقط ويصبح الدين مستحق الأداء بالمادتين ٢٥٥ و ٢٧٣ ، فرجعه فى التفسير إلى صدور حكم بالإعسار ، ونص المادة ٢٧٣ صريح فى ذلك» (شبين الكوم الكلية ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٠ ص ١٣٧٥) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ .

(٢) ويجوز للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم فى هذه الدعوى . وهذا بخلاف شهر المدين التاجر إفلاس نفسه ، فقد ورد فيه نص خاص ، إذ قضت المادة ١٩٧ من التقنين التجارى بأن «الحكم بإشهار الإفلاس بناء على طلب المدين المفلس يكون بمجرد تقديمه تقريرا إلى قلم كتاب المحكمة الكائن محله فى دائرة اختصاصها بأنه وقف عن دفع ديونه» .

٧٠٠ — شهر الاعسار لا تطلبه النيابة العامة ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها : وفى الإفلاس التجارى يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها . فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجارى على أن « الحكم باشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مداينيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية أو تصدره المحكمة من تلقاء نفسها » . وليس هنا محل الكلام عن الإفلاس التجارى ، وكيف تطلبه النيابة العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . والذى يعنينا أن نبينه فى هذا الصدد أن الإعسار المدنى لا يخضع لهذا النظام ، إذ لا يوجد نص فى تنظيم الإعسار يسمح به ، بل إن نص المادة ٢٥٠ مدنى يقضى ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . فلم يذكر النص النيابة العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بشهر إعسار المدين غير التاجر ، وذلك لأن الاعتبارات التى تستوجب هذا الحكم فى المعاملات التجارية لا وجود لها فى المعاملات المدنية[1] .

المبحث الثانى

إجراءات دعوى الاعسار

٧٠١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام » .

---

(١) لاسيما — كما يقول الأستاذ محسن شفيق (الإفلاس فقرة ٣٠ ص ٥٥) — أن تخويل المحكمة حق شهر الإفلاس من تلقاء نفسها خروج على القواعد العامة ، ومحل انتقاد بعض الفقهاء .

وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتى :

« ١ — على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم ».

« ٢ — وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » .

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتى :

« يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن ، سواء أأخطره المدين أم علم بذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها [1] ».

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

م ٢٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «على كاتب المحكمة أن يقيد الأحكام الصادرة بإشهار الإعسار ، يوماً فيوماً ، فى سجل عام يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وطبقاً لما يقضى به نظام الفهارس . وعليه أن يؤشر فى هامش القيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق» . وفى لجنة المراجعة أضيفت فقرة ثانية إلى النص على الوجه الآتى : «وعليه أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة الأحكام لقيدها فى سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل» ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ رؤى وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وقيد الحكم فى محكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقاً للترتيب الطبيعى ، وهذا إجراء تستلزمه حماية مصالح الغير . فعدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ — ص ٦٧٢) .

ولامقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٥٣—٢٥٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧١ فقرة ٢و٣ (١) .

٧٠٢ — المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار : وقد قدمنا أن المادة ٢٥٠ مدنى تقضى بأن المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار هى المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية إذن بنظر دعاوى الإعسار .

٧٠٣ — نظر الدعوى على وجه السرعة — تقصير مواعيد المعارضة والاستئناف : وتقضى المادة ٢٥٠ مدنى أيضاً أن تنظر دعوى الإعسارعلى وجه

= م ٢٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٣—٢٥٤ (مطابقتان للمادتين ٢٥٣و٢٥٤ من التقنين المدنى المصرى، فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر ، فى التقنين السورى ، يرسل إلى ديوان وزارة العدل — لا إلى محكمة العاصمة كما فى التقنين المصرى — صورة التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام . ولا مقابل فى التقنين السورى للمادة ٢٥٢ من التقنين المصرى وهى المادة التى تقصر مواعيد المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لأى دائن بمقتضى هذا الحكم (حكم الحجر على المدين المعسر) أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون فى ذمة الغير ، عدا الأموال التى لا يجوز حجزها . ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهى الحجر .

فقرة ٣ : ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها ، إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك .

(ويتبين من نصوص التقنين العراقى أنه لا يكفى الحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضاً أن يتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بقدر الإمكان ، حارسا على أمواله ، حتى يكون مسئولا عن تبديدها — انظر الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠١) .

السرعة . فيبين فى صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز (م٧١ مرافعات) . وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية ، ولا يقبل فيها طلب التأجيل إلا عند الضرورة ، ولأجل قريب ، وتقدم الدعوى مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير . وقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات ، فى هذا الصدد ، على أن « الدعاوى المستعجلة ودعاوى شهر الإفلاس ... وكل الدعاوى التى ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة ... تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير . ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعة نفسها ، وفى جميع الأحوال تعطى المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها . وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم ، حددت المحكمة المواعيد التى يجب أن يتم فيها ذلك » .

والحكم الذى يصدر فى الدعوى بشهر الإعسار يكون قابلا للمعارضة إذا صدر غيابياً ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر إلى ثمانية أيام من تاريخ إعلان الحكم الغيابى للمدين (م ٢٥٢مدنى) . ويلاحظ أن المادة ٣٨٦ من تقنين المرافعات تنص على أنه« لا تجوز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة ولا فى المواد التى يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . وكان هذا النص يقتضى ألا تجوز المعارضة فى الحكم الذى يصدر بشهر الإعسار ، لأن الدعوى تنظر على وجه السرعة كما قدمنا. ولكن لم ينسق التقنين المدنى مع تقنين المرافعات فى هذه المسألة ، فتعارضا. ولا بد من القول ، إزاء هذا التعارض ، بأن الحكم الذى تضمنته المادة٢٥٢ مدنى من جواز المعارضة يعتبر استثناء من القاعدة العامة التى قررتها المادة ٣٨٦ مرافعات من أن المعارضة لا تجوز فى المواد التى يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة . وتعتبر المادة ٢٥٢ مدنى ، وهى تجعل ميعاد المعارضة ثمانية أيام ، استثناء أيضاً من المادة ٣٨٨ مرافعات ، وهذه تنص على أن «ميعاد المعارضة خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم الغيابى ، مالم يقض القانون بغير ذلك» ، وهنا قضى القانون بأن يكون الميعاد ثمانية أيام كما قدمنا .

ويكون الحكم الصادر فى دعوى شهر الإعسار ، سواء صدر بشهر الإعسار أو بالرفض ، قابلا للاستئناف . فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين بطلب

شهر إعساره ، وصدر الحكم ابتدائياً بشهر الإعسار ، جاز للمدين المحكوم عليه بشهر إعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التي تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الابتدائي .

وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض شهر الإعسار ، جاز للدائن استئنافه. وميعاد الاستئناف ، كما تقضي بذلك المادة ٢٥٢ مدنى ، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم . وهنا أيضاً لم ينسق التقنين المدنى مع تقنين المرافعات فقد نصت المادة ٤٠٢ مرافعات على ما يأتى : « مالم ينص القانون على خلاف ذلك، يكون ميعاد الاستئناف عشرين يوماً لأحكام محاكم المواد الجزئية وأربعين لأحكام المحاكم الابتدائية، وينقص هذان الميعادان إلى النصف فى مواد الأوراق التجارية . ويكون الميعاد عشرة أيام فى المواد المستعجلة والمواد التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم » . وكان مقتضى هذا النص أن يكون ميعاد الاستئناف فى دعوى شهر الإعسار ، وهى دعوى تنظر على وجه السرعة كما قدمنا ، عشرة أيام لا خمسة عشر يوماً . ولا بد من القول هنا أيضاً أن الحكم الذى تضمنته المادة ٢٥٢ مدنى من جعل ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً هو استثناء من القاعدة العامة التى قررتها الفقرة الثانية من المادة ٤٠٢ مرافعات من أن ميعاد الاستئناف فى المواد التى تنظر على وجه السرعة هو عشرة أيام فقط .

٧٠٤ — الحكم الصادر بشهر الإعسار منشىء لا كاشف وهو حجة على الكافة : والحكم الصادر بشهر الإعسار هو حكم منشىء لحالة قانونية جديدة ، فقد نقل المدين إلى حالة إعسار رتب عليها القانون نتائج هامة . ولا يقال ان الحكم إنما كشف عن حالة المدين المعسر ، فقد قدمنا أن الإعسار هو حالة قانونية يشترط فى قيامها أوضاع خاصة ، وهذه الأوضاع هى التى تنشىء الحالة القانونية (١) .

---

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٩ — وانظر فى أن الحكم كاشف لا منشىء فى الحالة الحاضرة للقانون المدنى الفرنسى حيث لم ينظم الإعسار ولم يجعل شهره موكولا إلى حكم : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٣ .

ولما كان الحكم ينشىء حالة قانونيــة جديدة ، فهو حجة على الــكافة . والمدين الذى شهر الحكم إعساره يعتبر معسراً ، لا بالنسبة إلى الدائن الذى رفع دعوى شهر الإعسار وحده ، بل أيضا بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وكذلك بالنسبة إلى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفــذ تصرفه . ذلك أن حالة الإعسار لاتتجزأ ، ولا يصح أن يعتبر المدين معسراً بالنسبة إلى بعض، وموسراً بالنسبة إلى الآخرين[1]. ويترتب على أن الحكم بشهر الإعسار حجة على الكافة أمران : (١) يجوز لــكل ذى مصلحة ـ كدائن لم يدخل فى الدعوى أو شخص تصرف له المدين المعسر ـ أن يطعن فى الحكم بشهر الاعسار عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة، إذا أثبت أن دعوى شهر الاعسار إنما رفعت غشاً بالتواطؤ بين طرفى الدعوى أو أن المدين قد أهمل إهمالا جسيما فى الدفاع عن نفسه ونجم عن هذا الإهمال أن حكم بشهر إعساره « م ٤٥٠ فقرة ١ مرافعات » . (٢) مادام الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلانية حتى يتمكن ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به . وهذا ماننتقل الآن إليه .

٧٠٥ — العلانية التى نظمها القانون للحكم الصادر بشهر الاعسار : كفل القانون العلانية للحكم الصادر بشهر الاعسار عن طريقين : (١) طريق قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار ، وهذه هى الجهة المحلية للإعلان عن الحكم . (٢) طريق قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه هى الجهة المركزية الرئيسية للإعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن كاتب المحكمة الابتدائية التى رفعت أمامها دعوى شهر الاعسار ينظم سجلا خاصاً مرتبا بحسب أسماء المعسرين حتى يتيسر البحث فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى الاعسار ، أن يسجل صحيفة الدعوى فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدين المطلوب شهر إعساره . ومتى صدر الحكم فى الدعوى ، أشر يوم صدوره ، فى هامش التسجيل المذكور ، بالحكم الصادر . وإذا طعن فى الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الخارج عن الخصومة،

---

(١) انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٩ .

أشر ، فى هامش التسجيل أيضاً ، بالحكم الصادر فى الطعن المذكور بالتأييد أو بالالغاء ، ويكون ذلك يوم صدور الحكم . وبذلك تجتمع فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وعما صدر من الأحكام فيها . فيستطيع كل ذى شأن أن يعرف،من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعما إذا كانت دعوى الإعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم فى هذه الدعوى ، فيتبين الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجوداً فى المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال فى أن يغير المدين موطنه ، فلا بد من إرسال هذه البيانات إلى المحكمة التى بها موطن المدين الجديد لنقلها فى سجلها الخاص ، لأن من يريد بحث حالة المدين إنما يبحثها فى قلم كتاب المحكمة التى يوجد بها موطنه الأخير وهو الموطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدنى بأن المدين الذى شهر إعساره ، إذا غير موطنه ، وجب عليه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق وهى المحكمة التى قيد فى سجلها الخاص حكم شهر الإعسار . وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أى ذى مصلحة ، فانه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلها الخاص . وبذلك يستطاع البحث عن حالة المدين فى قلم كتاب المحكمة التى يتبعها موطنه الأخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة (١) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٧٣ — ص ٦٧٤ .

وغنى عن البيان أنه لايزال هناك احتمال ألا يخبر المدين كاتب المحكة بتغيير موطنه وألا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فلا يستطاع الاهتداء على حالة المدين فى موطنه الجديد . ومن أجل ذلك كان المشروع التمهيدى (م ٣٤٨ منه) ينص على عقوبة المدين الذى شهر إعساره بعقوبة التبديد حالة ما إذا غير بطريق الغش موطنه دون أن يوجه الإخطار اللازم إلى كاتب المحكة ، وترتب على التغيير ضرر لدائنيه . ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع فى العقوبات ، فحذفت هذه العقوبة . وسنرى أن المادة ٢٥٧ مدنى تقضى بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لايسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وكان المشروع التمهيدى لهذه المادة =

وننتقل الآن إلى الجهة المركزية . فقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتى : « وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » . والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأشيرات التى قيدت فى السجلات الخاصة لجميع المحاكم الابتدائية فى البلاد . وبذلك تتوحد جهة مركزية يستطيع الباحث إذا رجع إليها أن يعلم بحالة المدين فى أى موطن كان [1] .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على حالة الإعسار

٧٠٦ — نوعان من الآثار : يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : (١) آثار بالنسبة إلى المدين (٢) وآثار بالنسبة إلى الدائنين .

=(م ٣٤٤ من المشروع) يضيف فى آخر النص العبارة الآتية : « كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه العبارة ما يأتى : « ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد ، يعرض فى النادر ، حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الإعسار فى قلم كتاب المحكمة ، بسبب تغيير المدين لمحله غشاً » . ولكن العبارة حذفت فى لجنة المراجعة ، وبذلك لم يعد لتغيير المدين لمحل موطنه غشاً جزاء خاص ، جنائى أو مدنى ، وترك الأمر إلى القواعد العامة ، فيكون المدين الذى غير موطنه غشاً هو المسئول أمام من تصرف له ، مع اعتبار التصرف غير سار فى حق الدائنين . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨٠ — ص ٦٨٢ .

(١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصدر قرار من وزير العدل بذلك — هذا ولا توجد وسائل إعلان لحكم شهر الإعسار غير ما قدمناه ، ولم يوجب القانون اللصق أو الإعلان فى الصحف ، وهى إجراءات إن جازت فى المعاملات التجارية لما للإعلان عن الحكم من أهمية فى هذه المعاملات ، فهى لا ضرورة لها فى التعامل المدنى . على أن الإعلان عن حكم الإعسار — ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك فى أقلام كتاب المحاكم — ضرورى لتحديد مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين بعضهم من بعض ، لاسيما بالنسبة إلى الإجراءات الفردية التى قد يتخذها بعض الدائنين .

المبحث الأول

بالنسبة إلى المدين

٧٠٧ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » .

وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع » .

« ٢ — وإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » .

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتى :

« إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم » .

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتى :

« يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين :

« (ا) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره » .

« (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٣٤٤ — متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين ، كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار» . م ٣٤٥ : «١ – غير أنه يجوز للمدين ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . ٢ — فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه خزينة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع » — وفى لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحذف من المادة ٣٤٤ العبارة الأخيرة وهى : « كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار» ، ما دام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الإعسار . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمه ٢٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ وص ٦٨٢) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أيضاً للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزينة المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ — ص ٦٨٤) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تحويرات لفظية جعلته مطابقاً كل المطابقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يعاقب المدين الذى أشهر إعساره بعقوبة التبديد فى الحالات الآتية : (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعمد الإعسار غشاً وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين : (ب) إذا كان بطريق الغش ، وبعد الحكم بإشهار إعساره ، قد آثر دائناً على آخر ، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها . (جـ) إذا غير بطريق الغش موطنه ، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة (جـ) ولعدم التوسع فى العقوبات ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٥٧ — ٢٦٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧[1].

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن طريقين : (١) منع نفاذ هذه التصرفات فى حقهم (٢) تعريض المدين لعقوبات جنائية إذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هى فى الوقت ذاته ترعى جانب الرأفة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

= النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٩٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٧ — ٢٦٠ (مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٧٢ — ينفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله . فإذا أوقع الدائنون الحجز على إيراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

م ٢٧٤ — إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره . وإذا دفع من ماله ديناً فى ذمته لأحد غرمائه ، فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذى دفعه .

م ٢٧٦ — يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة .

م ٢٧٧ — يجوز للمدين ، بإذن من المحكمة ، أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم .

(وأحكام هذه النصوص تتفق فى مجموعها مع أحكام نصوص التقنين المصرى ، مع فروق أهمها : (١) نص التقنين العراقى على عدم نفاذ إقرار المدين المعسر ، ولم يذكر التصرفات الأخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المعسر ، فى التقنين العراقى ، لا تسرى فى حق الدائنين . كذلك يمكن القول فى التقنين المصرى بعدم نفاذ إقرار المدين المعسر . (٢) نص التقنين العراقى على جواز أن يصفى المدين المعسر أمواله كلها أو بعضها بموافقة أغلبية من الدائنين . وقد كان هذا النص موجوداً فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ، ولكن حذفته لجنة المراجعة . (٣) اشترط التقنين العراقى إذن المحكمة لتصرف المدين المعسر فى المال بثمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد فى التقنين المصرى . (٤) لم يرد فى التقنين العراقى ذكر لعقوبات جنائية توقع على المدين المعسر إذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك فى التقنين المصرى . ويقول الأستاذ حسن على الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى ص ١٠٢) أن فى نصوص قانون =

٧٠٨ — عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه : هنا نجد مزية من أهم مزايا شهر إعسار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية ، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية فى حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشاً للإضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضاً سيء النية ، إذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر إعسار المدين ، فكل تصرّف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة ، أو يزيد فى التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال[١] ، يكون غير سار فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان التصرف معاوضة[٢] . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البولصية[٣] . وغنى عن البيان أن أى تصرف يرمى به المدين إلى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء

= العقوبات البغدادى ما أغنى عن وضع نص مماثل للمادة ٢٦٠ من التقنين المدنى المصرى ، إذ تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على أن « كل من عهد إليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت ، أو سلمه لأى غرض كان ، فاستلمه لنفسه أو لفائدته أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر ... يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنين وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين » . وتنص المادة ٢٧٤ — وهى المادة المقصودة — على ما يأتى : « وتنطبق هذه العقوبات أيضاً على مالك الأشياء المحجوز عليها إدارياً أو قضائياً الذى عهدت إليه هذه الأشياء بصفته حارساً عليها الخ » . ويلاحظ أن التقنين المصرى حدد أعمالا أخرى يعاقب عليها ، غير تبديد الحارس للأموال التى فى حراسته ، وذلك كتعمد الإعسار واصطناع الديون (انظر فى شرح نصوص التقنين المدنى العراقى الأستاذ حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وفقرة ١٠٨) .

(١) كذلك لا تقع المقاصة إذا لم تتحقق شروطها إلا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الدائنين منذ تسجيل هذه الصحيفة قد كسبوا حقاً فى أموال مدينهم ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدنى على أنه « لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير » — والتاريخ العرفى لتصرف المدين حجة على الدائن ، إلى أن يثبت الدائن أن هذا التاريخ قد قدم ، وإنه فى الحقيقة لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى التصرف فى حقه .

(٢) ولكن الامتناع عن زيادة الحقوق أو انقاص الالتزامات يصح ، كما هى الحال فى الدعوى البولصية .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨١ .

له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو باعطائه ضماناً لدينه ، يكون غير سار فى حق الدائنين الآخرين (١) .

وعدم نفاذ التصرف فىحق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماًفيما بين المدين والمتصرف له. فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين . ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المتصرف له ، لأن التصرف لا يزال قائماً . وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولـكنه يبقىأيضاً قائماً ما بين المدين والمتصرف له(٢) .

ولا يوجد فى قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر إلا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى . فان هذه المادة تقضى بجواز أن يبيع المدين ماله ، ولو بغير رضاء دائنيه، بشرطين : (١) أن يكون البيع بثمن المثل ، فان نقص عن ثمن المثل فان التصرف لا يكون سارياً فى حق الدائنين إلا إذا أكمل المشترى الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل(٣) . (٢) أن يودع المشترى الثمن كله ، بما فى ذلك تـكملته إلى ثمن المثل،فى خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات

---

(١) ولا يستطيع المتصرف له أن يشكو من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع أن يتبين حالة المدين قبل أن يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، أو السجل العام فى محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين فى حالة إعسار وأن تصرفاته لاتنفذ فى حق دائنيه . يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، فلم يستطع الغير الذى تعامل معه أن يعلم بشهر إعساره من سجل المحكمة التى يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث فى السجل العام فى محكمة مصر . هنا كان المشروع التمهيدى ، كما قدمنا ، يحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم فى لجنة المراجعة، فأصبح التصرف حتى فى هذه الحالة لاينفذ فى حق الدائنين ، ولا يكون للغير إلا الرجوع على المدين المعسر بالضمان، وهذا رجوع ليست له قيمة كبيرة لإعسار المدين (انظر آنفا فقرة ٧٠٥ فى الهامش) . وقد يقال فى تبرير هذا الحكم إن الغير قد أهمل ، فقد كانت عنده وسيلة لمعرفة إعسار المدين وهى الرجوع إلىالسجل العام فى محكمة مصر الابتدائية.

(٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرضاً أو أى تصرف آخر يجعله مديناً للمتصرف له ، فلا يسرى هذا التصرف أيضاً فى حق الدائنين . ويترتب على ذلك أن الدائنين السابقين على الإعسار يتقدمون على الدائنين التالين للإعسار ، ويستوفى الأولون حقوقهم من أموال المدين قبل الآخرين .

(٣) وعند الخلاف فى تقدير ثمن المثل يرجع إلى رأى الخبراء (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣) .

التوزيع[1] . وهذا الاستثناء لاضرر فيه على الدائنين ، فقد بيع مال المدين بثمن مثله ووزع الثمن على الدائنين . وفيه خير للمدين ، فقد ترك يصفى ماله بنفسه، ولم يبخس فيه كما كان يحتمل أن يبخس لو بيع المال فى المزاد العلنى ، ووفر على نفسه وعلى دائنيه نفقات البيع الجبرى[2] .

٧٠٩ — حالتان يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد : ومن مميزات شهر إعسار المدين أن المدين يصبح بعد شهر إعساره عرضة للعقوبة الجنائية إذا ارتكب أعمالا معينة[3] . فقد نصت المادة ٢٦٠ مدنى على حالتين يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد :

(الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر إعساره ، ثم حكم عليه بالدين . فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الإضرار بدائنيه ، بأن بدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات التى تؤدى إلى إعساره ، وذلك تهرباً من تنفيذ الحكم الذى صدر أو سيصدر . فلهذه الجريمة إذن ركنان : (١) ركن مادى هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الإعسار مقترن بالحكم بالمديونية أو لاحق له . (٢) وركن معنوى هو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمديونية . ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية . وإعسار المدين على هذا النحو شبيه

---

(١) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى البولصية من أنه «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة» (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٢ ص ٢١٤) .

(٢) وكان المشروع التمهيدى يتضمن استثناء آخر ورد فى المادة ٣٤٥ من هذا المشروع ، يجيز للمدين بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . وقد كان هذا ضرباً من التصفية يشبه التصفية فى الإفلاس التجارى . ولكن هذا الاستثناء حذف فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ٧٠٧ فى الهامش) .

(٣) وهذا شبيه بالإفلاس بتدليس أو بتقصير ، حيث يكون التاجر المفلس عرضة للعقوبة الجنائية . ولكن الإعسار ، بخلاف الإفلاس ، لا يترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية عن المعسر كحقه فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

بالافلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية .

(الحالة الثانية) إذا حكم على المدين المعسر بشهر الاعسار ، فعمد إلى الاضرار بدائنيه عن طريق أحد الأعمال الآتية : (١) إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، ويكون ذلك على الأخص فى المنقولات فانه يسهل إخفاؤها . ولا يعتبر اخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين إذ هو غير نافذ فى حقهم . (٢) اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بانقاص النصيب الذى يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ . وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الاعسار ، والا لم تكن نافذة فى حق الدائنين فلا تضرهم[١] (٣) اصطناع ديون مبالغ فيها ، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولـكن يبالغ فى مقدارها . مثل ذلك أن يعمد المدين إلى تغيير سندات بالدين عليـه سابقة على الاعسار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين[٢] . وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة — إخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها — هى الأعمال التى يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهى أشد الأعمال إضرارا بدائنيه . ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذى يأتى عملا من هذه الأعمال إنما يبدد الأموال التى تعلقت بها حقوق الدائنين . والجريمة هنا ، كالجريمة فى الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادى هو صدور حكم بشهر الاعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التى سبق ذكرها ، وركن معنوى هـو قصد الاضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك . وهنا أيضاً يكون المدين المعسر كالتـاجر المفلس بالتدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية[٣] .

---

(١) ونرى أن الدائن الصورى إذا كان متواطئاً مع المدين ، بأن كان عالماً بشهر إعساره وأنه إنما أراد الإضرار بدائنيه ، يعتبر شريكاً للمدين فى الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد .

(٢) ونرى أيضاً فى هذه الحالة أنه إذا كان الدائن الذى بالغ فى قيمة دينه متواطئاً مع المدين المعسر على النحو الذى قدمناه فى الصورية ، فانه يعتبر شريكاً له ، ويعاقب مثله عقوبة التبديد . وغنى عن البيان أن الدائنين هم المكلفون بإثبات كل من الصورية والمبالغة فى مقدار الديون ، ويستطيعون الإثبات بجميع الطرق لما يلابس العمل من غش .

(٣) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد ، هى حالة ما إذا غير موطنه ولم يخطر كاتب المحكمة بالتغيير غشاً ، ولـكن لجنة المراجعة =

٧١٠ — تقرير نفقة للمدين المعسر : وهنا تظهر إحدى فوائد شهر الاعسار للمدين المعسر نفسه . فهو ، إذا لم يكن قد شهر إعساره ، جاز لدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله ، فيما عدا الأموال التى لايجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها . أما إذا شهر إعسار المدين ، فبالإضافة إلى الأموال التى لايجوز الحجز عليها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الإعسار ، يستطيع المدين ، إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقى دون مورد يعيش منه ، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار—أى المحكمة التى بها موطنه — يطلب فيها أن يقرر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) . فاذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة ، بأمر على العريضة التى قدمها ، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير ، إذا رآه غير كاف ، إلى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، وجاز أيضاً للدائنين أن يتظلموا من التقدير ، إذا رأوه مبالغاً فيه ، إلى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانهم بأمر التقدير (م٢٥٩ مدنى). ويجوز التظلم من كلا الطرفين إلى الآمر نفسه — رئيس المحكمة — أولا ، ويحكم الرئيس فى التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بالغائه ، ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام التى تصدر على وجه السرعة (م٣٧٥مرافعات)[١].

ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة إلى أن تنتهى تصفية أمواله ، ولا يبقى الدائنون منها إلا الأموال التى لايجوز الحجز عليها كما سبق القول . وغنى عن البيان أن تقرير النفقة لايمنع من بيع المال الذى يتقاضى المدين النفقة من ريعه .

المبحث الثانى

بالنسبة إلى الدائنين

٧١١— النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى

= حذفت هذه الحالة حتى لا تتوسع فى توقيع العقوبات الجنائية (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٨٩ — وانظر آنفاً فقرة ٧٠٧ فى الهامش) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥— ص ٦٨٦ .

على ما يأتى :

« ١ – يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة . ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل » .

« ٢ – ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » .

وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتى :

« ١ – لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين » .

« ٢ – على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٥ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٠ و ٣٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٢٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ — ص ٦٧٧) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأدمجتا فى لجنة المراجعة فى مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قال أحد الأعضاء إن استبقاء الإجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الإعسار يفقد نظام الإعسار قيمته ، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الإعسار على هذا الوجه من الإجراءات الفردية ، وفضلت ذلك على الإجراءات الجماعية المتبعة فى الإفلاس التجارى . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ – ص ٦٨٠).

المادتين ٢٥٥ — ٢٥٦ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٧٣ و ٢٧٥ (١) .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعاً ، مع إبقاء المدين قائماً على ماله دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : (١) تكون الإجراءات التى يتخذها الدائنون للتنفيذ على المدين المعسر إجراءات فردية ، لا إجراءات جماعية . (٢) تسقط آجال الديون المؤجلة كمبدأ عام ، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين ، ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالة . (٣) لا تنفذ حقوق الاختصاص التى قد يأخذها بعض الدائنين فى حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقاً للمساواة ، هنا أيضاً ، بين الدائنين .

ونستعرض كلا من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ — اجراءات فردية لا اجراءات جماعية : تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ بأنه « لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين » . وهنا يتجلى المقوم الأساسى للإعسار المدنى ، فهو ليس كالإفلاس التجارى يؤدى إلى إجراءات جماعية . فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائماً على إدارته ، وهذا بخلاف التاجر المفلس فان أمواله تنزع من يده وتنتقل إلى حيازة السنديك . وفى الإعسار لا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون فى اتحاد (union) ، كما يجرى الأمر فى الإفلاس . فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ ، بل يقوم كل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٥—٢٥٦ (مطابقتان للمادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٧٣ (موافقة للمادة ٢٥٥ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٧٥ — يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدنى المصرى . ولم يعرض التقنين العراقى لعدم نفاذ حقوق الاختصاص لأنه لا يعرف هذه الحقوق — انظر الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٥ وفقرة ١٠٧) .

دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون. فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ، ماكان موجوداً منها قبل شهر الإعسار وما استجد بعده . ولكل دائن أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال المدين ، فاذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملا دونهم . فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية ، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع من أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين : (١) إسقاط آجال الديون (٢) عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

٧١٣ — آجال الديون : إذا شهر إعسار المدين ، كان ذلك إشعاراً للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل فى مركز بالغ الدقة ، فهو لا يستطيع المبادرة إلى التنفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار إلى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أنه « يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل». فمجرد صدور الحكم بشهر إعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل فى الديون المؤجلة ، وتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها ، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون المؤجلة والديون الحالة . وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة قبل انقضاء الأجل ، نص القانون على أن يخصم من هذه الديون المؤجلة التى حلت بشهر الإعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل . فاذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الإعسار ، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦ ٪ ، فان الدين يصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فان كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤ ٪ أو ٥ ٪ بحسب

ما يكون ديناً مدنياً أو تجارياً . أما إذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان المتفق عليه أن يدفع فى هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦ ٪ مثلا ، فانه يصبح حالا دون خصم ودون فائدة .

هذه هى القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به . وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط أجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإعسار ، أن يطلب من القاضى ، فى مواجهة الدائن ذى الشأن أى صاحب الدين الذى سقط أجله ، إبقاء الأجل كما كان . ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الأجل ، بل يجوز له أن يطلب ، فى مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالة ، أن يمنح أجلا يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين معه . ويجيبه القاضى إلى ما طلب من كل ذلك إذا رأى أن الظروف تبرر إجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين فى ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها ، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين . ويحقق هذا فى الإعسار المدنى بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) فى الإفلاس التجارى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه ليس بدعاً أن يمنح القاضى للمدين أجلا حتى فى الديون الحالة ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبقى على الأجل الموجود . فليس هذا إلا ضرباً من نظرة المدين إلى ميسرة (délai de grâce) ، يفعله القاضى حتى لو لم يكن المدين قد شهر إعساره ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

٧١٤ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص : ونص القانون على وسيلة أخرى أبعد أثراً فى تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا ، بأنه « لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على

عقارات المدين بعد هذا التسجيل » . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كى يكفلوا لأنفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الإجراءات أكثر إخلالا بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدنى الجديد (م ١٠٨٥) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق اختصاص ، فلا بد والحالة هذه من أن الدائنين الذين بيدهم أحكام واجبة التنفيذ يبادرون إلى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، يبتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تتح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا ، بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فاذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص ، فان حق الاختصاص هذا لايكون نافذاً فى حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أما إذا كان حق الاختصاص سابقاً على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فانه ينفذ بطبيعة الحال فى حق جميع الدائنين .

ويتبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يخشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص . ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصلحة فى أن يبادر إلى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتى ، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الإعسار ، كان حق الاختصاص نافذاً فى حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سنرى .

الفرع الثالث

انتهاء حالة الاعسار

٧١٥ — مسألتان : نتكلم فى مسألتين : (١) كيف تنتهى حالة الإعسار (٢) وما الذى يترتب على انتهائها .

المبحث الأول

كيف تنتهى حالة الاعسار

٧١٦ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ — تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالتين الآتيتين : (ا) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها ، وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه وفقاً للمادة ٢٦٣» .

«٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك» .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتى :

«تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار[١]» .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦١ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الإعسار بموجب حكم قضائى : «متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث لايزيدالباقى فى ذمته من الديون على ما عنده من مال» ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم إنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وحذفت الحالة الثالثة المشار إليها لدخولها فى الحالة الأولى ، وأضيف النص على إرسال صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٦١ — ٢٦٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧٨ (١) .

ويخلص من هذه النصوص أن هناك طريقين لانتهاء حالة الإعسار : (١) فأما أن تنتهى هذه الحالة بحكم يصدر قاضياً بانتهائها (٢) وإما أن تنتهى بقوة القانون بعد انقضاء مدة معينة .

= استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٢٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ — ص ٦٩٣) .

م ٢٦٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٤ — ص ٦٩٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٦١ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن نص التقنين السورى أغفل أن يذكر إرسال صورة الحكم بإنهاء الإعسار إلى ديوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٦٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٧٨ — ينتهى الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالات الآتية : ١ — متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقى فى ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال . ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون للحجر أثر فى حلولها ، وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التى حلت . ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المصرى فى أمرين : ١ — بقيت فى التقنين العراقى حالة إبراء المدين من بعض الديون ، وكانت موجودة كما رأينا فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة لدخولها فى الحالة الأولى كما تقدم القول . ٢ — فى انتهاء الإعسار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين العراقى يستلزم حكماً بإنهاء الإعسار ويكتفى بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التقنين المصرى فلا يستلزم حكماً فى هذه الحالة بل ينتهى فيه الإعسار بقوة القانون ولكنه يتطلب خمس سنوات لا ثلاثاً . قارن الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٨ ، وانظر فقرة ١٠٩) .

٧١٧ — انتهاء حالة الاعسار بموجب حكم قضائي : تنتهي حالة الإعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولا) إذا ثبت أن المدين قد أيسر يساراً تاماً، فأصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالا منها وقت شهر إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثاً أو وصية ، فأصبحت أمواله تربى على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضاً إذا قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال [١] . (ثانياً) إذا ثبت أن المدين قد وفى بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الاعسار ، سواء كانت هذه الديون ديوناً حالة وقت شهر الاعسار أو حلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق إسقاط أجلها بسبب شهر الإعسار ، ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، فانها لا تدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود إليها الأجل الذى سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب إنهاء حالة الاعسار . وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها ، فانه يصبح في حالة كان لا يستطاع معها طلب شهر إعساره ، وهذا هو المبرر لانهاء حالة الإعسار في هذا الفرض . ولكن لا يكفي أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلا كما رأينا [٢] . وفي هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول ، فقد تقدم في الفرض الأول أنه يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة إلى وفاء هذه الديون بالفعل .

وإذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فان حالة الإعسار لا تنتهي بقوة القانون ، بل لا بد من صدور حكم بانهاء هذه الحالة . وهذا الحكم ، كالحكم بشهر الإعسار ، منشيء لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً

---

(١) انظر هذه الحالة في المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، وقد حذفت كحالة مستقلة لأنها لاتعدو أن تكون تطبيقاً للحالة الأولى كما نرى (انظر آنفاً فقرة ٧١٦ في الهامش) .

(٢) وذلك في مقابل أن الديون التي سقطت آجالها بسبب شهر الإعسار ستعود ديوناً مؤجلة كما كانت .

وفى المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هى المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر إعساره ، ما لم يكن المدين قد غير موطنه . ويصدر بناء على طلب كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن فى هذا الطلب هو المدين نفسه ، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتقدمى الذكر ، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بانهاء إعساره . وقد يكون لأحد الدائنين مصلحة فى طلب إنهاء الاعسار ، إذا كان دينه فى الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الاعسار . فاذا انتهت حالة الاعسار بتوفية الديون الحالة ، رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة . ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فانه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملا (١) .

ومتى صدر الحكم بانهاء حالة الإعسار من المحكمة المختصة ، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الإعسار على هامش التسجيل المقيد فى السجل الخاص بالمحكمة ذاتها . فاذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفعت دعوى إنهاء الإعسار فى محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم فى سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التى أصدرت الحكم بانهاء حالة الإعسار والمحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الإعسار . وفى جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة من الحكم بانهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك فى السجل العام الموجود بهذه المحكمة (٢) .

---

(١) أما إذا كان دينه قد حل فعلا بانقضاء أجله ، وأريد إنهاء حالة الإعسار بتوفية الديون الحالة ، فإنه لا يتصور أن يكون الدائن الذى حل دينه هو الذى يطلب ذلك ، لأنه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب .

هذا ويصح أن يطلب إنهاء الإعسار من تصرف له المدين المعسر ، فإن هذا التصرف ، وإن كان لا يسرى فى حق الدائنين ، يبقى قائما فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المتصرف له ، بإنهاء حالة الإعسار ، الرجوع على المدين وهو غير معسر .

(٢) انظر فى طرق انتهاء حالة الإعسار القانونى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٦٩٩ — وقد جاء فى هذه المذكرة ، فى شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار ، ما يأتى : « وتتبع فى الحكم بانتهاء حالة الإعسار . . . نفس الإجراءات الخاصة بحكم شهر الإعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر محل (موطن) للمدين — ولا يتحتم صدوره من المحكمة التى أصدرت حكم شهر الإعسار . بناء على طلب كل ذى شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) ويقبل الطعن =

٧١٨ — انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون : وقد أعطى القانون مهلة للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الإجراءات الفردية . فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ، وهى مدة كافية لتصفية أموال المدين . ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة فى حالة الإعسار التى لحقته ، فان هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف فى أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء باعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بانهاء حالة الإعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة .

وغنى عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار تنتهى حالة الإعسار دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة إلى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، إذ يسهل على كل ذى مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار .

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حالة الاعسار

٧١٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها » .

= فيه بالطرق نفسها ، ولكن فى المواعيد العادية ، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليها إلا حيث تقتضى ذلك ضرورة الاستعجال عند شهر الإعسار . ويسجل هذا الحكم إدارياً فى اليوم الذى يصدر فيه فى هامش تسجيل حكم شهر الإعسار ، وبهذا تتم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوى الشأن كافة (م ٣٥٠ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتى :

« انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣(١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٦٣–٢٦٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧٩(٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار ، أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر فى حلولها ، أن يطلب إعادة الديون ، التى كانت قد حلت بسبب إشهار الإعسار ولم يتم دفعها ، إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى جميع أقساطها التى حلت » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر فى حلولها » ، لأنها وردت فى الحالة (ب) من المادة ٣٤٩ (م ٢٦١ من التقنين الجديد) . وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ « استبدلت عبارة : « قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها » بعبارة : « قد وفى جميع أقساطها التى حلت » ، لأن العبارة الأولى أوضح وأدق فى بيان المقصود ، فضلا عما فى العبارة الثانية من إيهام قد يوحى بأن ماوقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار مع أن المقصود غير ذلك . وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٧) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الإعسار من تصرف فى ماله أو من وفاء لديونه ، إلا إذا انطوى هذا التصرف أو الوفاء على الغش ، وبالقدر الذى يسمح به القانون » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا أكثر دلالة على المعنى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٧٠٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٦٣–٢٦٤ (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٣—٢٦٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٧٩ — يكون للمدين الحق ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر ، أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتخذه كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده .

(ويلاحظ أن التقنين العراقى ينهى حالة الإعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجز بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز . ويحتفظ لكل دائن بما يكون قد سبق

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الإعسار متى زالت زالت معها الآثار التى كانت قد ترتبت عليها . ومن هذه الآثار التى تزول نذكر بنوع خاص سقوط أجل الدين ، فيعود الدين إلى أجله السابق . كذلك المدين الذى تزول حالة إعساره بحكم قضائى أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة إعسار قانونية إلى إعسار فعلى ، فيبقى خاضعاً لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية اللتين لا تتطلبان إلا الإعسار الفعلى على ما قدمنا .

فنستعرض إذن مسائل ثلاثاً : (١) زوال الآثار التى ترتبت على شهر الإعسار بوجه عام . (٢) رجوع الأجل بعد سقوطه . (٣) خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

٧٢٠ — زوال الآثار التى ترتبت على شهر حالة الإعسار : رأينا أن هناك آثاراً ترتبت على شهر حالة الإعسار . فالمدين قد غلت يده عن التصرف فى ماله ، وأصبح معرضاً لعقوبة التبديد فى حالتين معينتين سبق ذكرهما ، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من إيرادات أمواله المحجوزة . والدائنون لا يحتج بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص التى تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وقد سقطت آجال ديونهم إن لم تكن قد استبقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالة .

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الإعسار ، فاذا ما زالت هذه الحالة بحكم قضائى أو بقوة القانون ، فان الآثار التى ترتبت عليها تزول بزوالها . ومن ثم يعود للمدين حق التصرف فى أمواله ، فتنفذ تصرفاته فى حق دائنيه ، ولكن يبقى للدائنين أن يباشروا الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية كما سيأتى . ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد ، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها أو تعمد الإعسار ، ولا يكون معرضاً فى كل ذلك إلا لأحكام دعوى الصورية والدعوى البولصية ، وذلك ما لم يشهر إعساره من

= له اتخاذه من إجراءات فردية . ولم يعرض التقنين العراقى لعودة الأجل الساقط . كذلك لم يعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، ولكن ما عرض له التقنين المصرى من ذلك ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة — انظر الأستاذ حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٠) .

جديد فيترتب على الحكم الجديد بشهر الإعسار آثاره المعروفة . كذلك تنقطع النفقة التي قد تكون قدرت له ، فان النفقة لا تبقى إلا ببقاء حالة الإعسار القانوني. أما حقوق الاختصاص التي كان الدائنون قد أخذوها بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فانها تصبح نافذة فى حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار ، ولكنها تبقى غير نافذة فى حق الدائنن السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار [١] .

وننتقل الآن إلى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ — رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الاعسار ، زال أثرها فى إسقاط أجل الدين ، وعاد الدين إلى أجله السابق . ونستعرض ، لبيان ذلك تفصيلا ، الفروض التي تزول فيها حالة الاعسار :

فان زال الاعسار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، فان الديون الباقية التي لم توف — والتي كانت آجالها قد سقطت بشهر الاعسار — تعود إلى آجالها السابقة ، فتصبح ديوناً مؤجلة غير حالة ، ولا تحل إلا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعياً بانقضاء المدة لا عن طريق سقوط الأجل. وتقضى بهذا كل من المادتين ٢٦١ فقرة أولى و٢٦٣.

وإن زال الاعسار بحكم قضائي بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : (١) طائفة حل أجلها حلولا

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أى اختصاص يرتب على عقارات المدين فى حق دائنيه ذوى الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الإعسار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الإعسار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٧٩) . وقارن ما جاء فى المذكرة الإيضاحية فى موضع آخر : «ويلاحظ من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بعقارات المدين تعود إليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذا فى حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الإعسار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

طبيعياً ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الاعسار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لابسقوطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء، وعلى المدين الذى زالت حالة إعساره الوفاء بها ، والااتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ الجبرى واستوفوا حقوقهم من أمواله ، وهى تكفى فرضاً للوفاء لابالديون الحالة وحدها ، بل بها وبالديون المؤجلة . (٢) وطائفة لم يحل أجلها ، وإنما كان الأجل قد سقط بشهر الاعسار . هده الديون إذا كانت لم توف ، تعود إليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ — لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — فترجع ديوناً مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الأجل تكون مستحقة الأداء، وعلى المدين الوفاء بها . والمفروض أن عنده من المال ما يكفى لذلك[1] ، فان لم ينفذ طوعا اتخذت اجراءات التنفيذ الجبرى . ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها — كما تقضى صراحة المادة ٢٦٣ — أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، أى أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون .

وإن زال الاعسار بقوة القانون — بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الاعسار — ووفى المدين الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها على النحو الذى قدمناه ، كان من حقه أن يطلب — بموجب المادة ٢٦٣ لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — إرجاع الآجال السابقة للديون التى تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الاعسار ولم يكن سبق الوفاء بها[2] .

٧٢٢ — خضوع المدين بعد زوال حالة اعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية :

٧٢٢ — خضوع المدين بعد زوال حالة اعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية : قلنا أن المدين الذى زالت حالة إعساره بحكم قضائى أو بقوة القانون يعود له حق التصرف فى ماله . ولكن قد يقع أن هذا

= وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٦ — وقارن الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٤٤ .

(١) وهذا مالم يكن قد أعسر مرة أخرى فى الفترة التى سبقت انقضاء الأجل ، فعند ذلك تجوز العودة إلى شهر إعساره من جديد .

(٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٩٩— ص ٧٠٠ — وهى تشرح المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة .

المدين الذى زالت حالة إعساره القانونى يبقى مع ذلك معسراً إعساراً فعلياً [١] . ففى هذه الحالة يصبح المدين خاضعاً لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . ذلك أن انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقوة القانون — كما تقول المادة ٢٦٤ — لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البولصية ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله وفقاً للمواد ٢٣٥ — ٢٤٣ مدنى ، وهى النصوص التى تبسط أحكام كل من الدعويين .

فيجوز للدائنين إلى أن يستعملوا حقوق مدينهم المعسر إعساراً فعلياً ، بعد زوال إعساره القانونى ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فان الذى يشترط فى هذه الدعوى هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما قدمنا .

ويجوز للدائنين كذلك أن يطعنوا فى تصرفات المدين المعسر إعساراً فعلياً ، بعد زوال إعساره القانونى ، بالدعوى البولصية ، فان الذى يشترط فى هذه الدعوى أيضاً هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما سبق القول . وعلى الدائنين فى هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البولصية ، إلا إذا عادوا إلى شهر إعسار المدين من جديد بعد توافر شروط الاعسار القانونى ، فعند ذلك لا تسرى تصرفات المدين فى حقهم دون حاجة إلى الطعن فى هذه التصرفات بالدعوى البولصية .

ويخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الاعسار القانونى

---

(١) ويتحقق ذلك إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بسبب وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها ، فقد لا يكون عند المدين مال يكفى للوفاء بالديون التى عادت إليها آجالها ، فيكون معسراً إعساراً فعلياً . ويتحقق أيضاً إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة معسراً إعساراً فعلياً بعد زوال حالة الإعسار القانونى . بل إنه إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة ، أى إذا زال الإعسار القانونى والإعسار الفعلى فى وقت واحد ، فإن المدين قد يعود إلى الإعسار الفعلى دون أن يشهر إعساره القانونى .

والاعسار الفعلى . فان كان فى حالة إعسار قانونى ، فانه يكون خاضعاً للنظام الخاص الذى بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً فانه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع للنظام العام الذى يخضع له جميع المدينين ، وهو النظام الذى تسوده أحكام الدعاوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية .

فهرس مجمل

لمشتملات الكتاب

صفحة

القسم الأول
الاثبات

مقدمة

صفحة

الباب الأول

طرق الاثبات ذات القوة المطلقة

الـكتابة

الفصل الاول

الأوراق الرسمية

صفحة

الفصل الثانى

الأوراق العرفية

الباب الثانى

طرق الاثبات ذات القوة المحدودة

البينة والقرائن القضائية

صفحة

الفصل الأول

البينة والقرائن القضائية

الفصل الثانى

قوة البينة والقرائن فى الإثبات

الباب الثالث

الطرق المعفية من الاثبات

الاقرار واليمين والقرائن القانونية

الفصل الاول

الإقرار

الفصل الثانى

اليمين

الفصل الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضى

القسم الثانى
آثار الالتزام

الباب الاول
التنفيذ العينى

الفصل الاول
متى يكون التنفيذ العينى

صفحة

الفصل الثانى

كيف يكون التنفيذ العينى

الباب الثانى

التنفيذ بطريق التعويض

الفصل الاول

التعويض القضائى

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

صفحة

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

صفحة

الفصل الثانى

الدعوى البولصية

الفصل الثالث

دعوى الصورية

الفصل الرابع

الحق فى الحبس

صفحة

الفصل الخامس

الإعسار




Bibliotheca Alexandrina
0566897